



Roj: **STS 76/2021 - ECLI:ES:TS:2021:76**

Id Cendoj: **28079110012021100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2021**

Nº de Recurso: **2226/2018**

Nº de Resolución: **19/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 290/2018,**
STS 76/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 19/2021

Fecha de sentencia: 19/01/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2226/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2226/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 19/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 19 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 12/2018, de 18 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1359/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, sobre nulidad de contrato de permuta financiera de tipos de interés.

Son parte recurrente D. Hermenegildo y D.^a Delfina, representados por el procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo y bajo la dirección letrada de D.^a María José Lunas Díaz.

Es parte recurrida Bankinter S.A., representada por la procuradora D.^a María Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D.^a María Paz Barrera Vargas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en nombre y representación de D. Hermenegildo y D.^a Delfina, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que estimando la presente demanda:

" 1. Declare la nulidad o anulabilidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas, suscrito entre mis mandantes y la entidad demandada en fecha 02/03/2007, así como de todas y cada una de las liquidaciones practicadas.

" 2. Y, en su virtud, se acuerde y condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, debiendo por tanto restituir a la actora todas las cantidades abonadas en aplicación de este contrato.

" 3. Con los intereses legales que se hubieran devengado desde la fecha de cada pago indebido hasta la sentencia y el interés legal más dos puntos desde sentencia.

" 4. Con expresa condena al pago de las costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 21 de septiembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, fue registrada con el núm. 1359/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses, en representación de Bankinter S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, dictó sentencia de 17 de abril de 2017, cuyo fallo dispone:

"Que estimando la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo en nombre y representación de Doña Delfina y Don Hermenegildo frente a Bankinter S.A., representado por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses tal debo declarar y declaro nulo por vicio en el consentimiento el contrato objeto de autos.

" Condenando a las partes a devolver, mutuamente, las cantidades mutuamente recibidas más los intereses correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda hasta el total pago de la deuda con expresa imposición de costas a la parte demandada".

Por auto de 7 de junio siguiente se declaró no haber lugar a la aclaración solicitada por los demandantes.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Hermenegildo y D.^a Delfina y por la representación de Bankinter S.A. Ambas representaciones se opusieron a los recursos interpuestos de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 896/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 12/2018, de 18 de enero, cuyo fallo dispone:

"1º) Que debemos estimar el recurso interpuesto por la representación procesal de Bankinter S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 52 de Madrid en fecha diecisiete de abril de dos mil diecisiete, autos de Procedimiento Ordinario nº 1359/15, revocando la misma, dictando otra en su lugar

por la que, estimando la caducidad de la acción planteada, debemos desestimar la demanda, con imposición de costas a la parte demandante en primera instancia.

" 2º) No se hace especial pronunciamiento en costas de esta alzada.

" La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por Bankinter S.A., de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

" La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido por Dña. Delfina y D. Hermenegildo, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial."

Por auto de 23 de febrero siguiente se rechazó la solicitud de subsanación de omisión de pronunciamiento.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en representación de D. Hermenegildo y D.ª Delfina, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1301 del Código Civil, en la jurisprudencia de este alto tribunal, en concreto la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil de fecha 19 de febrero de 2018, sentencia núm. 89/2018, (rec. núm. 1388/2015), en relación con la caducidad de la acción, el *dies a quo* a partir del cual comienza a correr el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento ha de fijarse en el momento de la consumación del contrato".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 10 bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con el 6.1 de la Directiva 93/13, con apoyo en la jurisprudencia de este alto tribunal, en concreto la sentencia nº 241/2013 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 9 de mayo de 2013, (rec. núm. 485/2012), en relación al deber que incumbe a los órganos jurisdiccionales de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Los órganos jurisdiccionales deben de apreciar de oficio, previo examen del contrato litigioso y sin necesidad de petición de parte, las cláusulas sorprendentes, poco transparentes o abusivas recogidas en el contrato".

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 23 de septiembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Bankinter S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de enero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- D.ª Delfina y D. Hermenegildo interpusieron una demanda contra Bankinter S.A. (en lo sucesivo, Bankinter) en la que solicitaron que se declarara "la nulidad o anulabilidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas, suscrito entre mis mandantes y la entidad demandada en fecha 02/03/2007, así como de todas y cada una de las liquidaciones practicadas", se condenara a la demandada a "restituir a la actora todas las cantidades abonadas en aplicación de este contrato", "[c]on los intereses legales que se hubieran devengado desde la fecha de cada pago indebido hasta la sentencia y el interés legal más dos puntos desde sentencia".

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia apreció que "el actor padeció un error excusable porque el banco no le informó adecuadamente de la gran complejidad del producto", consideró que la acción no estaba caducada y estimó la demanda, por lo que declaró nulo el contrato de swap de tipos de interés por vicio del consentimiento, condenó a las partes a devolverse mutuamente las cantidades mutuamente recibidas "más los intereses correspondientes desde la fecha de presentación de la demanda" y condenó en costas a la demandada.



3.- Ambas partes recurrieron en apelación la sentencia. Los demandantes solicitaron que los intereses legales se devengaran desde el momento de pago de cada una de las liquidaciones. La demandada solicitó que se desestimara la demanda, pues la acción estaba caducada, no había existido vicio del consentimiento y, en todo caso, no se le debían imponer las costas por la existencia de serias dudas de hecho y de derecho.

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de la demandada, pues consideró que la acción estaba caducada, y desestimó el recurso de los demandantes. Revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda, condenando a los demandantes al pago de las costas de primera instancia.

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo*

1.- En el encabezamiento de este motivo, se afirma literalmente que "se denuncia la infracción del artículo 1301 del Código Civil, en la jurisprudencia de este alto tribunal, en concreto la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil de fecha 19 de febrero de 2018, sentencia núm. 89/2018, (rec. núm. 1388/2015), en relación con la caducidad de la acción, el *dies a quo* a partir del cual comienza a correr el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento ha de fijarse en el momento de la consumación del contrato".

2.- En el desarrollo del motivo se afirma que la sentencia recurrida infringe el art. 1301 del Código Civil pues la jurisprudencia de esta sala ha entendido que la consumación del contrato de swap debe entenderse producida en el momento del agotamiento de este contrato, que es por tanto el día inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio del contrato de swap es el del agotamiento del contrato*

1.- La doctrina jurisprudencial sobre el día inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio del consentimiento, previsto en el art. 1301 del Código Civil, en el caso del contrato de swap, ha sido establecida en la sentencia del pleno de esta sala 89/2018, de 19 de febrero. En ella afirmamos:

"En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida "unit linked multiestrategia" en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de 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".

" Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

" De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

" 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".

2.- Esta doctrina ha sido reiterada en las posteriores sentencias, algunas de fecha muy reciente: 202/2018, de 10 de abril; 228/2018, de 18 de abril; 386/2018, de 21 de junio; 579/2018, 580/2018 y 582/2018, todas ellas de 17 de octubre; 587/2018, de 22 de octubre; 602/2018, de 31 de octubre; 695/2018, de 11 de diciembre; 721/2018, de 19 de diciembre; 162/2019, de 14 de marzo; 346/2019, de 21 de junio; 369/2019 de 27 de junio; 539/2020, de 11 de noviembre; 668/2020, 669/2020 y 670/2020, todas ellas de 11 de diciembre; y 673/2020, de 14 de diciembre.

3.- La parte recurrida no niega que la decisión de la sentencia de la Audiencia Provincial sobre el día inicial del plazo de ejercicio de la acción sea contraria a esta jurisprudencia. Lo que afirma es que está en desacuerdo con tal jurisprudencia, no solo con la establecida respecto de los contratos de swap en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero, y todas las que le han seguido, sino que también está en desacuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida a partir de la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, respecto de otros contratos financieros complejos, que considera erróneas, por lo que el recurso debe ser desestimado.

4.- La pretensión de la recurrida no puede ser estimada por cuanto que se apoya justamente en las referencias jurisprudenciales y doctrinales que se superaron con la doctrina establecida respecto de determinados contratos financieros complejos en la sentencia del pleno de la sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, y respecto de los contratos de swap (que es la aplicable al presente caso), en la sentencia del pleno de la sala sentencia 89/2018, de 19 de febrero.

5.- Por tanto, la sentencia recurrida no se ajusta a la doctrina jurisprudencial iniciada con esta última sentencia, pues la Audiencia Provincial fija el *dies a quo* [término inicial] del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato de swap por error vicio del consentimiento en un momento anterior a la consumación del contrato de swap, consumación que tiene lugar cuando 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.

6.- En consecuencia, procede estimar este motivo del recurso.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- En el encabezamiento del segundo motivo del recurso, "se denuncia la infracción del artículo 10 bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con el 6.1 de la Directiva 93/13, con apoyo en la jurisprudencia de este alto tribunal, en concreto la sentencia nº 241/2013 del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 9 de mayo de 2013, (rec. núm. 485/2012), en relación al deber que incumbe a los órganos jurisdiccionales de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Los órganos jurisdiccionales deben de apreciar de oficio, previo examen del contrato litigioso y sin necesidad de petición de parte, las cláusulas sorprendentes, poco transparentes o abusivas recogidas en el contrato".

2.- En el desarrollo del motivo se alega que el hecho de que la acción ejercitada sea una acción de anulación por error vicio no es óbice para que el tribunal cumpla su obligación de examinar de oficio las cláusulas abusivas que pueda contener el contrato.

3.- Ni en el encabezamiento del motivo ni en su desarrollo se alega la existencia de una cláusula concreta que los recurrentes consideren abusiva y que la sentencia recurrida haya omitido declarar como tal.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: alcance del deber de apreciación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores*

1.- Sobre la cuestión objeto de este motivo, en la sentencia 53/2020, de 23 de enero, declaramos:

"La apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor puede llevarse a cabo en cualquier tipo de procedimiento judicial pero solo cuando la validez y eficacia de esa cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes. [...]"

" Es contrario a las exigencias de utilización racional de los medios de la administración de justicia, no guarda relación con la finalidad de la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y supone una degradación de la función de asistencia del abogado (que en nuestro ordenamiento jurídico es obligatoria en la práctica totalidad de los litigios), pretender que el juez [...] no solo



debe pronunciarse sobre la pretensión formulada en la demanda por los consumidores, sino que además tiene que realizar una especie de investigación en la relación contractual que une al consumidor con el empresario para descubrir si existen otras cláusulas potencialmente abusivas y pronunciarse sobre el carácter abusivo de cláusulas que nada tienen que ver con aquellas que el consumidor, en su demanda, con la asistencia y orientación profesional de su abogado, solicitó que se declararan abusivas y que, por tanto, son irrelevantes para la estimación de la pretensión formulada".

2.- La sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2020 (asunto C-511/17), confirmó el ajuste de esta doctrina al Derecho de la UE, al establecer las siguientes pautas:

i) El examen de oficio "debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas" (apartado 28).

ii) La protección que supone el control de oficio "no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce" (apartado 30).

iii) En otro caso, se vulnerarían el principio dispositivo y el principio de congruencia (apartado 31).

iv) Por lo que la sentencia concluye que el examen de oficio afectará "únicamente [a] aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos" (apartado 34).

3.- La doctrina recogida en estas sentencias del TJUE y de esta sala, citadas en los párrafos precedentes, ha sido reiterada en nuestra reciente sentencia 660/2020, de 10 de diciembre.

4.- En el caso objeto del presente recurso, en un litigio que no tenía por objeto la declaración de abusividad de cláusulas no negociadas en un contrato celebrado con consumidores sino la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, la inconsistencia de la pretensión de los recurrentes llega al extremo de denunciar en el recurso de casación la falta de apreciación de oficio de la abusividad de cláusulas sin explicar qué relevancia tendría tal control de abusividad para el éxito de la pretensión formulada en la demanda, sin identificar qué cláusulas deberían haber sido declaradas abusivas de haberse realizado ese control de oficio y sin indicar qué consecuencias habría tenido esa declaración de abusividad supuestamente omitida.

5.- Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- *Asunción de la instancia*

1.- La consecuencia de la estimación del primer motivo del recurso de casación es la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial, la asunción de la instancia y la resolución de los recursos de apelación formulados por ambas partes contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, una vez sentado que la acción de nulidad del contrato se ejerció en plazo.

2.- En el recurso de apelación de Bankinter se plantean varias cuestiones. La relativa a la caducidad de la acción, que fue estimada por la Audiencia Provincial, ya ha sido resuelta en el recurso de casación. Las demás alegaciones impugnatorias realizadas tampoco pueden ser estimadas.

3.- Esta sala, desde la sentencia de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, ha declarado de modo reiterado que al contrato de swap es aplicable la normativa que regula el mercado de valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de swap 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.

4.- Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

"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".

5.- Como consecuencia del deber de información imparcial, clara y no engañosa que la normativa sectorial, tanto la anterior como la posterior a la transposición de la Directiva MiFID, impone a las empresas que prestan servicios de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este, y debe hacerlo con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida.

6.- Hemos reiterado en anteriores sentencias (por todas, la sentencia 11/2017, de 13 de enero) que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo.

7.- Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por unos avisos de riesgos en los folletos precontractuales y en los propios contratos que contengan una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, o por reuniones de contenido indeterminado, aunque fácilmente determinable a la vista del contenido de los contratos y folletos. Menos aún con el contenido de unos contratos complejos y de difícil entendimiento por quien no es experto en este tipo de productos.

8.- No se trata de que Bankinter pudiera adivinar la evolución futura del índice de referencia, sino de que ofreciera al cliente una información precisa, suficiente y comprensible, con suficiente antelación, de las posibles consecuencias de la fluctuación de tal índice al alza o a la baja y de los costes de la cancelación anticipada.

9.- La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. Para el banco (o la empresa a la que este cede su posición en el contrato), el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

10.- Es relevante la ausencia de información sobre este extremo, pues no se informó adecuadamente a los clientes sobre la posible existencia de liquidaciones negativas futuras por un importe considerable, teniendo en cuenta la entidad del préstamo al que iba asociado el swap. La fijación de las condiciones esenciales de los contratos de swap concertados no pudo realizarse por Bankinter al azar, sino con base en un previo estudio del mercado y en unas expectativas sobre el comportamiento de la variable.

11.- Directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos declarado en otras ocasiones, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución del índice de referencia del swap (en este caso, determinados tipos de interés), pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

12.- La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores 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)

13.- Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre).



14.- Es jurisprudencia constante de esta sala que "lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo" (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

15.- Para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos (sentencias 10/2017, de 13 de enero, y 89/2018, de 19 de febrero).

16.- En el presente caso, la información suministrada con carácter previo a la celebración del contrato fue absolutamente insuficiente para cubrir las exigencias expuestas en los párrafos anteriores. En el documento aportado como número 5 con la contestación a la demanda no se contiene información alguna sobre los riesgos, ni siquiera se informa mínimamente sobre la naturaleza del contrato.

17.- Por tanto, el Juzgado de Primera Instancia, pese a algunos errores materiales manifiestos en la redacción de la fundamentación jurídica, apreció acertadamente la concurrencia de error invalidante del consentimiento. El error fue esencial porque versó sobre la naturaleza y riesgos del contrato, y fue excusable porque es imputable al incumplimiento por parte de Bankinter de sus obligaciones como entidad que opera en el mercado de valores.

18.- Tampoco pueden servir para revocar la anulación del contrato decidida por el Juzgado de Primera Instancia las alegaciones acerca del pago por los demandantes de las liquidaciones negativas sin formular reclamación.

19.- El error contractual no se convalida porque el cliente pagara las liquidaciones negativas giradas en su contra. La sentencia 243/2017, de 20 de abril, declara:

"Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado".

20.- 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, y reiterada en otras posteriores, como la sentencia 105/2017, de 17 de febrero. En esas sentencias hacíamos 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. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1313 CC".

21.- Lo expuesto debe llevar a la desestimación del recurso de casación de Bankinter.

22.- Por el contrario, el recurso de apelación interpuesto por los demandantes debe ser estimado. El efecto de esta nulidad viene regulado en el art. 1303 del Código Civil: "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Conforme a este precepto la recíproca restitución de las prestaciones percibidas alcanza también a los frutos e intereses, devengados estos desde el momento de cumplimiento de cada prestación.

23.- El devengo de intereses legales desde la interposición de la demanda, por aplicación de los arts. 1101 y 1108 del Código Civil, es aplicable cuando se ejercita una acción de indemnización de daños y perjuicios, puesto que en tal caso lo relevante es cuándo se incurre en mora. Pero si la acción ejercitada es, como en este caso, la acción de nulidad por error vicio, la aplicación del art. 1303 del Código Civil determina que los intereses se devenguen desde el pago de cada liquidación.

SÉPTIMO.- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado en parte, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, que ha sido estimado, y procede condenar a Bankinter al pago de las costas de su recurso de apelación, que ha sido desestimado.

2.- Procédase a la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de casación y apelación que han resultado estimados, y se ordena la pérdida del depósito del recurso de apelación que resulta desestimado, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

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 en parte el recurso de casación interpuesto por D. Hermenegildo y D.ª Delfina contra la sentencia 12/2018, de 18 de enero, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 896/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A. y estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Hermenegildo y D.ª Delfina contra la sentencia de 17 de abril de 2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, por lo que los intereses de las cantidades a restituir se devengarán desde la fecha del pago de cada liquidación, confirmándose la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en los demás extremos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación interpuestos por D. Hermenegildo y D.ª Delfina y condenar a Bankinter S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Acordar que se devuelvan a D. Hermenegildo y D.ª Delfina los depósitos constituidos para interponer el recurso de casación y el recurso de apelación y la pérdida del depósito constituido por Bankinter S.A. para interponer el recurso de apelación.

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

Así se acuerda y firma.