



Roj: **STS 1234/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1234**

Id Cendoj: **28079110012018100187**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2018**

Nº de Recurso: **686/2015**

Nº de Resolución: **202/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17106/2014,**
STS 1234/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 202/2018

Fecha de sentencia: 10/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 686/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/04/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 18.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 686/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 202/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 10 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D.^a Marta y D. Jose Antonio , representados por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón bajo la dirección letrada de D.^a Patricia Gabeiras Vázquez, contra la sentencia n.º 393/2014 dictada en fecha 24 de noviembre por la Sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 361/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1340/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid, sobre contratos. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A., representado por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D.^a Patricia Gualde Capó.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Marta y D. Jose Antonio interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad Bankinter S.A. en la que solicitaban se dictara sentencia en la que:

«a) Se declare la nulidad del contrato denominado COBERTURA CUOTA FIJA suscrito entre mis representados y la entidad bancaria Bankinter S.A.

»b) Se declare la procedencia de la restitución de las prestaciones por el contrato COBERTURA CUOTA FIJA, junto con sus correspondientes intereses, los cuales deben ser calculados desde el momento en el que comenzaron a generarse cantidades a favor de la entidad bancaria por razón de la ejecución del contrato declarado nulo. Así, Bankinter S.A. deberá restituir a mis mandantes las cantidades devengadas (19.062,86 Euros), junto 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 19 de septiembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid y fue registrada con el n.º 1340/2012 . 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 la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas a los actores.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid dictó sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 , con el siguiente fallo:

«1.- Estimo íntegramente la demanda presentada por D.^a Marta y D. Jose Antonio contra Bankinter S.A. y declaro la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito por las partes en fecha 6 de octubre de 2006, declarando asimismo la obligación de restitución recíproca de cuantas cantidades hubieran sido abonadas por razón del citado contrato y condenando a la parte demandada a abonar a los actores la suma de 12.284,64 euros, más sus intereses legales desde la fecha de cada uno de los respectivos pagos hasta la fecha de esta sentencia, interés que se verá incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta aquella en que se haga efectivo el pago.

»2.- Condeno a la parte demandada al pago de las costas del pleito».

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 361/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de noviembre de 2014 , con el siguiente fallo:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A. contra sentencia de fecha 3 de marzo de 2014 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid en autos de juicio ordinario n.º 1340/12 promovidos a instancia de D.^a Marta y D. Jose Antonio representados por la sra. procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, debemos revocar y revocamos íntegramente la referida resolución que queda sin efecto y en su lugar, 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 la misma



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 recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. Jose Antonio y D.^a Marta interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- 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 569/2003, de 11 de junio del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia n.º 769/2014, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 12 de enero de 2015.

»Segundo.- 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, 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 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Antonio y D.^a Marta contra la sentencia dictada, el día 24 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 361/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1340/2012, del Juzgado de primera Instancia n.º 39 de Madrid.

»2.º) No admitir el motivo segundo del recurso».

3.- Mediante auto de esta sala de fecha 25 de octubre de 2017, se desestimó la solicitud de complemento del auto de admisión de D.^a Marta.

4.- 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.

5.- Por providencia de 14 de marzo de 2018 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 4 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que da origen al presente procedimiento se presentó el 19 de septiembre de 2012 por D.^a Marta y D. Jose Antonio contra Bankinter. Los demandantes solicitaban que se declarara la nulidad del contrato denominado COBERTURA CUOTA FIJA que habían suscrito el 6 de octubre de 2006 con la demandada y que se declarara la procedencia de la restitución de las prestaciones del contrato con sus correspondientes intereses desde el momento en el que comenzaron a generarse cantidades a favor de la entidad bancaria. En concreto, solicitaban la restitución de 19.062,86 euros con intereses, si bien en la audiencia previa rectificaron y redujeron su solicitud a 12.284,64 euros.

Los demandantes alegaban que el 28 de septiembre de 2006 habían concertado con Bankinter un préstamo hipotecario a interés variable y que después de su otorgamiento la entidad les ofreció celebrar un contrato que les ofertó como un seguro dirigido a pagar cuotas fijas en el préstamo hipotecario, lo que resultaba beneficioso ante la subida de los tipos de interés que se estaba produciendo. El contrato se iniciaba el 28 de marzo de 2007 (fecha en la que se giró la primera cuota fija) y vencía el 28 de marzo de 2011. El contrato se hizo por un 90% del nominal del préstamo, se fijaba la nueva cuota fija del préstamo, la periodicidad mensual de la liquidación del intercambio, y el cero por cierto para la comisión de apertura y para la comisión de cancelación. La primera liquidación negativa del swap contra el cliente se produjo en abril de 2007. En total, en el momento del vencimiento del contrato, las liquidaciones negativas alcanzaron un importe de 12.284,64 euros. Argumentaron que creyeron que mediante el contrato celebrado el préstamo pasaba a ser a interés fijo, que no se les informó del riesgo de la operación y que como consecuencia del incumplimiento por parte de la



entidad de sus deberes de información la contratación estuvo viciada y procedía declarar la nulidad por error vicio.

La demandada se opuso alegando que había transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción, puesto que los cuatro años del art. 1301 CC deben computarse desde la fecha de suscripción del contrato, el 6 de octubre de 2006 y la demanda se interpuso el 19 de septiembre de 2012. Añadió que el contrato era claro, que la entidad cumplió sus deberes de información y que en todo caso el error sería no esencial e inexcusable.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de caducidad y estimó íntegramente la demanda.

La demandada interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. La Audiencia consideró que la acción estaba caducada por entender que el plazo inicial para el ejercicio de la acción debía computarse desde el momento en que se giró la primera cuota fija en el préstamo hipotecario conforme a lo pactado, puesto que en ese momento tuvo lugar la consumación del contrato. *Obiter dicta* la sentencia añadió que aunque no hubiera caducado la acción no hubo error en la contratación del swap.

Contra dicha sentencia han recurrido en casación los demandantes.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso que se ha admitido los recurrentes ponen de manifiesto que la sentencia recurrida se opone 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 569/2003, de 11 de junio del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), sentencia n.º 769/2014, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 12 de enero de 2015.

Esta sala comparte esta argumentación.

Sobre este asunto, la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, ha interpretado que:

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

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

»En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés».

La aplicación de esta doctrina al caso lleva a admitir el recurso de casación. En el presente caso, en el contrato celebrado el 6 de octubre de 2006 se fijaba como fecha final del intercambio el 28 de marzo de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 19 de septiembre de 2012 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto.

TERCERO.- Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación y, asumiendo la instancia, resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, partiendo del presupuesto de que, por lo dicho, la acción se ejercitó dentro del plazo previsto por la ley, confirmando el criterio de la sentencia del Juzgado que ya lo entendió así.

Además de la invocación de la caducidad, Bankinter se alzó contra la sentencia del Juzgado reiterando, como ya hizo en su contestación a la demanda, que no hubo error en la contratación. En su recurso de apelación la demandada sostuvo que el clausulado del contrato era claro y la información suministrada correcta, que no hay complejidad que pudiera inducir a la confusión alegada por los demandantes, que solo se podía tener conocimiento del coste de cancelación en el momento en que se solicitara, por lo que no podía informarse con antelación, que los actores poseen una experiencia inversora media, que el error en su caso no era esencial y pudo ser evitado con una mayor diligencia de los demandantes, que se cumplió con la normativa del mercado



de valores vigente en el momento en que se hizo el contrato y que los actores van contra sus propios actos, pues aceptaron liquidaciones durante algún tiempo, que la sentencia recurrida condena a pagar los intereses generados desde que se cargaron cada una de las liquidaciones cuando en todo caso, conforme al art. 1100 CC solo procederían los intereses de mora desde que solicitaron la nulidad, es decir, desde que presentaron la demanda, pues antes no formularon reclamación alguna.

CUARTO.- Para resolver el recurso debe partirse del dato de que la Sala Primera del Tribunal Supremo ya ha dictado un número muy considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión y, en concreto, en la contratación de swaps de tipos de interés por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión.

En casos como el presente en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID (el contrato litigioso se suscribió el 6 de octubre de 2006, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), la citada doctrina ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación (entre las más recientes, sentencias 562/2016, de 23 de septiembre, 595/2016, de 5 de octubre, 668/2016 y 669/2016, de 14 de noviembre, 732/2016, de 20 de diciembre, 7/2017, de 12 de enero, y 10/2017, de 13 de enero).

De esta doctrina y en lo que ahora interesa, conviene destacar lo siguiente:

1.- Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, 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), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora.

En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre-MiFID «ya 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. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba 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.

»[...]

»Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, 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"».

2.- Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información, dicha doctrina jurisprudencial viene declarando:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

En el caso de los swaps, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, 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.

La citada sentencia 10/2017, de 13 de enero, declara al respecto:

«[I]a entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

»A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.

La misma sentencia 10/2017 declara sobre este punto:

«No obstante, 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 -activa y no de mera disponibilidad- 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».

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.

Así, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, razona:

«Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia n.º 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias n.º 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

»En particular, considera que "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", y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero».

La sentencia 2/2017, de 10 de enero, reiteró al respecto que:

«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».

En la misma línea, la sentencia 595/2016, de 5 de octubre, ya había puntualizado que «las menciones predispuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento».

En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable, no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta «una mera ilustración sobre lo obvio», es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, incluye advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos.

Según recuerda la ya referida sentencia 10/2017 :

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto» (sentencia 594/2016, de 5 de octubre).

3.- En la doctrina más reciente el error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas



para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril dice: «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».

Con anterioridad, la sentencia 503/2016, de 19 julio , declaró:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta sala núm. 19/2016, de 3 de febrero .

»Como decíamos en dicha sentencia, 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, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen 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».

En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre , también se dijo que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los arts. 1310 , 1311 y 1313 CC .

QUINTO.- A la vista de las circunstancias del caso, esta sala comparte los razonamientos de la sentencia del Juzgado, que son conformes con la jurisprudencia de esta sala: en la publicidad realizada por la entidad del producto contratado se aseveraba que funcionaba «igual que un seguro», «de forma similar a un seguro», «igual que un seguro, ofreciendo una cobertura frente a un posible riesgo»; la demandada no ha probado que proporcionara a los demandantes información sobre las previsiones de la evolución de los tipos de interés; el contrato se negoció íntegramente con la esposa, que llevó a casa el documento contractual para que lo firmara el esposo, y el hecho de que estuvieran casados los demandantes no exime al banco de sus deberes de información respecto de ambos contratantes; la esposa es licenciada en geografía e historia y el marido graduado escolar con dos años de maestría, por lo que no se les presupone especiales conocimientos sobre productos financieros complejos; la propia empleada del banco, en el acto del juicio, demostró que debía colocar el producto entre sus clientes, pero que ella misma tampoco conocía bien sus características; el testimonio del entonces director acerca de la información proporcionada es poco creíble, porque de hecho dice que se firmaron a la vez el swap y el préstamo hipotecario cuando las fechas de ambos contratos son diferentes.

En conclusión, la entidad no acredita haber informado sobre el riesgo que implicaba la contratación, ni sobre el coste de la cancelación, lo que resulta decisivo en un contrato de la complejidad del litigioso y determina la apreciación de error vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad.

Por lo que se refiere a los efectos de la nulidad, procede confirmar la sentencia recurrida igualmente por lo que se refiere a la restitución de las cantidades abonadas por razón del citado contrato con sus intereses desde la fecha de los respectivos pagos y no desde la interposición de la demanda como solicita la entidad, porque la restitución no tiene su fundamento en la mora sino en la declaración de nulidad del contrato y se dirige a colocar a los contratantes en la misma situación que si el contrato no se hubiera celebrado.

SEXTO.- En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación de Bankinter y confirmar la sentencia de primera instancia, incluida su condena en costas a la demandada, por ser conforme a lo dispuesto en el art. 394 LEC .

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

La desestimación del recurso de apelación determina que se impongan las costas de la apelación a la demandada recurrente en apelación (arts. 398.1 y 394.1 LEC).

Procede la devolución del depósito constituido para interponer el presente recurso.



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 de D. Jose Antonio y D.^a Marta contra la sentencia dictada, el día 24 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a), en el rollo de apelación n.º 361/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 1340/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid.

2.º- Casar la citada sentencia y dejarla sin efecto y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Bankinter S.A. y confirmar la sentencia de primera instancia.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación e imponer a Bankinter S.A. las costas de la primera instancia y las de la apelación.

4.º- Devolver el depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ