



Roj: **STS 1893/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1893**

Id Cendoj: **28079110012019100298**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/06/2019**

Nº de Recurso: **1034/2017**

Nº de Resolución: **343/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 343/2019**

Fecha de sentencia: 13/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1034/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/06/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1034/2017

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 343/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 13 de junio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2017, dictada en recurso de apelación 662/2016, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, dimanante de autos de juicio ordinario 1100/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Gijón; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Roman, representado en las instancias por la procuradora Dña. Pilar Cancio Sánchez, bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar González Pérez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Bankinter S.A., representado por la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, bajo la dirección letrada de D. Francisco Fernández Bermúdez y Dña. María Paz Barrera Vargas.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Roman, representado por la procuradora Dña. María del Pilar Cancio Sánchez y dirigido por la abogada Dña. María del Mar González Pérez, interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de nulidad contractual de contrato de intercambio de tipos cuotas swap por error en el consentimiento y subsidiariamente acción de nulidad por incumplimiento del deber de información contra la entidad bancaria Bankinter S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que estimando la presente demanda, se declare la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas (swap) celebrado por D. Roman y la entidad demandada Bankinter S.A., que se declare que mi representado no debe cantidad alguna por dicho contrato y condenando en todo caso a dicha entidad a reintegrar a mi representado las cantidades que a favor de la entidad se han ido devengando en concepto de liquidaciones periódicas, como consecuencia de la variación a la baja de los tipos de interés, y que a fecha de 29 de mayo de 2015 ascendían a la cantidad de ocho mil dos con cincuenta (8.002,50.-) euros, más las cantidades que se hayan ido devengando desde esa fecha hasta que se dicte sentencia en el presente procedimiento derivadas de dicho producto financiero, más los intereses que correspondan devengados y que se devenguen desde la fecha de las liquidaciones hasta la fecha de pago, todo ello con expresa condena en las costas del procedimiento a la parte demandada".

**2.-** La entidad demandada Bankinter S.A., representada por el procurador D. José Antonio Marqués Arias y bajo la dirección letrada de Dña. María José Cosmea Rodríguez, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado que tuviese por contestada la demanda y dictase en su día sentencia en la que:

"Se sirva desestimar la misma con imposición de costas a la parte actora".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Gijón se dictó sentencia, con fecha 23 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando la demanda formulada por la procuradora Dña. María del Pilar Cancio Sánchez, en nombre y representación de D. Roman, contra Bankinter S.A., debo declarar y declaro nulo y sin efecto alguno el contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito por ambas partes en fecha 9 de diciembre de 2005, procediéndose, en consecuencia, a la recíproca restitución de lo percibido por razón del mismo con sus correspondientes intereses legales, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto de la otra, todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Asturias dictó sentencia, con fecha 19 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad mercantil Bankinter contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón en los autos de juicio ordinario 1100/2015, de los que este rollo de apelación dimana, resolución que se revoca en el sentido de absolver a la entidad mercantil Bankinter, S.A., de todos los pedimentos contenidos en la demanda formulada por D. Roman, con expresa imposición de las costas de primera instancia a dicha entidad demandante y sin hacer especial pronunciamiento respecto de las de esta alzada".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Roman se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando la vulneración del art. 1301 del Código Civil, presentando interés casacional



la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de marzo de 2019 , se acordó admitir el recurso de casación 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 la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter 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 junio de 2019, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- *Antecedentes.*

#### 1. - La demanda.

- La demanda se interpone por particular frente al banco (Bankinter).

- En lo que ahora interesa, sobre nulidad por error vicio de un contrato de los denominados intercambio de tipos/cuotas), suscrito en diciembre de 2005.

- Demanda interpuesta el 14 de diciembre de 2015.

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

- Desestimó la excepción de caducidad y estimó la demanda.

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

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

Aplicó la doctrina de la STS de pleno núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y declaró caducada la acción porque el *swap* empezó a dar liquidaciones negativas en el mes de agosto de 2009.

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

- El demandante ha interpuesto recurso de casación, por la vía del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC .

En cuanto a las circunstancias personales se declara en la sentencia del juzgado, que el demandante es oficial de segunda de una empresa del sector metal.

### SEGUNDO .- *Motivo único.*

Motivo único.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la vulneración del art. 1301 del Código Civil , presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Se estima el motivo.

No concurren causas de inadmisibilidad dado que:

1. No se altera el supuesto fáctico.

2. Se concreta el precepto invocado.

3. Se acredita el interés casacional.

### TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Esta sala en sentencia 721/2018, de 19 de diciembre , entre otras, ha declarado:

"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.

"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".

Del tenor de dicha doctrina y aplicada al caso de autos se deduce que, finalizando el contrato de *swap* en diciembre de 2017, no se había extinguido la acción cuando la demanda se interpone en diciembre de 2015 ( art. 1301.4 del C. Civil ).

**CUARTO** .- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- 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, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa MiFID (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan ( art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene ( sentencias de esta sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

**QUINTO** .- Analizadas las obligaciones de información, en relación con el error invocado y asumiendo la instancia, hemos de mantener el acertado razonamiento del juzgado de instancia al respetar la doctrina jurisprudencial.

No consta que el demandante fuese conocedor de productos financieros complejos.

La 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 suministrarla 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.



Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter contra la sentencia de primera instancia de 23 de junio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón (procedimiento ordinario 1100/2015), que se confirma.

**SEXTO** .- No procede imposición de las costas de la casación.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación ( arts. 394 y 398 LEC ).

## 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. Roman contra la sentencia de 19 de enero de 2017, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Asturias (apelación 662/2016 ).

**2.º**- Casar la sentencia recurrida, confirmando la sentencia de primera instancia de 23 de junio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón (procedimiento ordinario 1100/2015).

**3.º**- No procede imposición de las costas de la casación.

**4.º**- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

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.