



Roj: **STS 3944/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3944**

Id Cendoj: **28079110012019100641**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2019**

Nº de Recurso: **1687/2017**

Nº de Resolución: **673/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1362/2017,**
STS 3944/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 673/2019

Fecha de sentencia: 16/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1687/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/12/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1687/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 673/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de diciembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de enero de 2017, dictada en recurso de apelación 937/2016, de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 636/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 57 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Industrias Cáceres Ortega S.L., representada en la interposición por la procuradora Dña. Rocío Blanco Martínez, bajo la dirección letrada de D. Julián Lausín del Barrio y D. José Fernández Bonet, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora que causó baja durante la sustanciación del recurso personándose en su lugar el procurador D. Eduardo Aguilera Martínez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Sabadell S.A., representada por la procuradora Dña. Blanca María Grande Pesquero, bajo la dirección letrada de Dña. María Isabel Vázquez Tavares.

Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Industrias Cáceres Ortega S.L., representada por la procuradora Dña. María Concepción Villaescusa Sanz y dirigida por el letrado D. José Carlos Pedraza, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Sabadell S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que, declare:

"La nulidad *ipso iure* por ausencia de causa y por error invalidante en el consentimiento en tanto que error obstativo, y alternativamente la nulidad relativa por vicio en el consentimiento prestado por error y/o dolo, de los siguientes contratos:

"a) y b) Contrato de intercambio de tipos/cuotas *swap* y contrato de opción sobre tipos de interés *floor*, suscritos ambos con fecha 3 de Julio de 2009 y formalizados el 14 de septiembre de 2009.

"c) Contrato de préstamo y constitución de hipoteca, de fecha 20 de marzo de 2012.

"d) Modificación del préstamo hipotecario, fechado el 13 de diciembre de 2013.

"Todo ello con las consecuencias previstas en el artículo 1303 del Código Civil, esto es, la restitución a la parte actora de la totalidad de las cantidades abonadas a la parte demandada más todos los gastos en que se ha incurrido con ocasión de la formalización de estos contratos, con el correspondiente interés legal a contar desde la fecha en que se produjo cada uno de los abonos indebidos e incrementado en dos puntos desde la fecha de sentencia, en virtud del artículo 576 de la LEC, y con la condena a Banco de Sabadell, S.A. a estar y pasar por tales declaraciones, con expresa condena en costas a la demandada.

"Subsidiariamente, suplico al juzgado, que declare la nulidad radical por infracción de las normas imperativas que regulan el mercado de valores y de la normativa en materia de consumidores y usuarios, de los cuatro contratos referidos, con el consiguiente regreso posicional al *status* inicial, en virtud del artículo 1303 Código Civil, con los mismos efectos anteriormente expresados, condenando a Banco de Sabadell, S.A. a estar y pasar por tales declaraciones, con expresa condena en costas a la demandada".

2.- Personada la entidad demandada Banco Sabadell S.A., representada por la procuradora Dña. Blanca Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de Dña. Asunción Portabella Cornet, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas causadas a la 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 57 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 5 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Villaescusa Sanz en nombre y representación de Industrias Cáceres Ortega, S.L., contra Banco de Sabadell, S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Grande Pesquera debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de intercambio de tipos/cuotas *swap* y contrato de opción sobre tipos de interés *floor*, suscritos ambos con fecha 3 de julio de 2009 y formalizados el 14 de septiembre de 2009. con las consecuencias



previstas en el artículo 1303 del Código Civil, esto es, la restitución a la parte actora de la totalidad de las cantidades abonadas a la parte demandada más todos los gastos en que se ha incurrido con ocasión de la formalización de estos contratos, y que incluye la devolución de la cantidad de 13.500 euros incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito el 20 de marzo de 2012, en concepto de coste de cancelación anticipada de la permuta financiera, con el correspondiente interés legal a contar desde la fecha en que se produjo cada uno de los abonos indebidos e incrementado en dos puntos desde la fecha de sentencia, en virtud del artículo 576 de la LEC, condenando a Banco de Sabadell, S.A. a estar y pasar por tales declaraciones; absolviendo a dicha entidad demandada del resto de las pretensiones contra ella deducidas en la demanda. No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 16 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Grande Pesquero en nombre y representación que ostenta contra la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid, en autos de procedimiento ordinario 636/2015, y estimándola debemos revocar y revocamos la referida resolución impugnándola y estimando la excepción de la caducidad esgrimida debiendo absolver y absolvemos a la entidad demandada de las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda. No es procedente hacer expresa imposición de costas dadas la enorme duda de hecho y de derecho que la suscripción de este tipo de productos ha generado y que solo se han visto aclarados con motivo de la reciente decisión jurisprudencial del TS. Con devolución del depósito constituido".

TERCERO.- 1.- Por Industrias Cáceres Ortega S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. De ambos recursos únicamente se admitió:

Motivo segundo de casación.- Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, han de citarse, en cuanto a la cesación del iter de la caducidad la infracción del artículo 1301 del Código Civil, en lo referente al día inicial del cómputo del plazo de cuatro años, en relación con el artículo 3,1 del Código Civil.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de junio de 2019, se acordó inadmitir los motivos primero y tercero del recurso de casación e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir, únicamente el motivo segundo del recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición al mismo en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el motivo segundo del recurso de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de Banco Sabadell S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- Habiendo causado baja la procuradora Dña. Rocío Blanco Martínez, se personó en su lugar el procurador D. Eduardo Aguilera Martínez en calidad de recurrente en representación de Industrias Cáceres Ortega S.L., a quien se tuvo por personado y parte.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de diciembre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- La demanda.

- La demanda se interpuso por una sociedad limitada frente al banco (Banco de Sabadell S.A.).

- Sobre nulidad por error vicio de dos productos (intercambio tipos/cuotas; opción sobre tipos de interés *Floor*), suscrito el 3 de julio de 2009 con vencimiento el 20 de junio de 2012, y nulidad de un contrato de préstamo con hipoteca y de la modificación de este.

- Demanda interpuesta el 21 de junio de 2015.

2.- La sentencia de primera instancia.

Estimó en parte la demanda y declaró la nulidad por error vicio de los dos productos financieros.

3.- La sentencia de segunda instancia.



Estimó el recurso de apelación del banco, declaró la caducidad de la acción de nulidad por error vicio y desestimó íntegramente la demanda.

El criterio que se sostiene por la Audiencia Provincial (con base en la STS del pleno núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015) es el del inicio del cómputo a partir del momento en el que el cliente supo el error, en concreto, prescindiendo de las primeras liquidaciones negativas, en enero de 2011, fecha de envío y recepción de una carta al departamento de atención al cliente del banco.

SEGUNDO.- *Motivo segundo.*

Como normas del ordenamiento jurídico que se consideran infringidas, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, han de citarse, en cuanto a la cesación del iter de la caducidad la infracción del artículo 1301 del Código Civil, en lo referente al día inicial del cómputo del plazo de cuatro años, en relación con el artículo 3,1 del Código Civil.

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

Se estima el motivo.

Consta que el swap se concertó el 3 de julio de 2009.

Se canceló en marzo de 2012.

Se interpuso la demanda el 21 de mayo de 2015.

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 el contrato de swap se canceló anticipadamente en marzo de 2012, por lo que no se había extinguido la acción cuando la demanda se interpone en mayo de 2015 (art. 1301.4 del C. Civil), al no haber transcurrido los cuatro años que establece el precepto mencionado.

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 núms. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, 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 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.

En el presente caso, la redacción del contrato era opaca para un lego en la materia, no constando información precontractual transparente.

En el primer *swap*, cancelado y absorbido por el de 2009, alega la demandada que el demandante renunció al test de conveniencia.

En el *swap* de 2009 no se aporta el test de conveniencia, pero consta que el producto no era conveniente para el ahora demandante.

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 Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia de primera instancia de 5 de septiembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid (procedimiento ordinario 636/2015), que se confirma, por sus propios fundamentos.

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).

Procede la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir en casación.

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 la entidad mercantil Industrias Cáceres Ortega S.L. contra la sentencia de 16 de enero de 2017, de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 937/2016).

2.º- Casar la sentencia recurrida, confirmando la sentencia de primera instancia de 5 de septiembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de Madrid (procedimiento ordinario 636/2015).



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

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

Devuélvase al recurrente el depósito constituido para el recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ