



Roj: **STS 4261/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4261**

Id Cendoj: **28079110012020100646**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2020**

Nº de Recurso: **3399/2017**

Nº de Resolución: **667/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### **Sentencia núm. 667/2020**

Fecha de sentencia: 11/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3399/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2020

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3399/2017

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. 667/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 1 de junio de 2017, dictada en recurso de apelación 254/2017, de la Sección 18.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 931/2014, seguidos ante el Juzgado



de Primera Instancia número 13 de Madrid; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Alberto , representado en las instancias por el procurador D. Emilio García Guillén, bajo la dirección letrada de D. Ignacio José Ferrer-Bonsoms Millet, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Caixa Bank S.A., representado por la procuradora Dña. Adela Cano Lantero, bajo la dirección letrada de D. Daniel Machado Rubiño.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Alberto , representado por el procurador D. Emilio García Guillén y dirigido por el letrado D. Ignacio Ferrer-Bonsoms Hernández y D. Ignacio Ferrer-Bonsoms Millet, interpuso demanda de juicio ordinario contra Barclays Bank S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Que, con total estimación de la demanda:

"1.- Declarar la resolución de las órdenes de compra contenidas en los documentos 1-1 y 2 de la demanda, de fechas 1 de junio de 2.007 y 14 de marzo de 2008, por haber incumplido Barclays Bank, S.A. la obligación de la entrega o *traditio* de los títulos o bonos al actor, D. Alberto .

"Alternativa y subsidiariamente:

"2.- Declarar la resolución de las órdenes de compra contenidas en los documentos 1-1 y 2 de la demanda, de fechas 1 de junio de 2.007 y 14 de marzo de 2.008, por haber incumplido Barclays Bank, S.A. sus obligaciones contractuales esenciales; entre otras, ofrecer un producto acorde al perfil del cliente; previo estudio del perfil del cliente; incumplimiento de sus obligaciones de información; no haber informado convenientemente de la evolución de los productos; incumplimiento del principio de mejor ejecución; y los incumplimientos referidos en los hechos y fundamentos de derecho de este escrito de demanda.

"Alternativa y subsidiariamente:

"3.- Declarar la nulidad por vicio de error en el consentimiento de D. Alberto , en la suscripción de las órdenes de compra contenidas en los documentos 1-1 y 2 de la demanda, de fechas 1 de junio de 2.007 y 14 de marzo de 2.008.

"Alternativa y subsidiariamente:

"4.- Declarar la nulidad radical de las órdenes de compra contenidas en los documentos 1-1 y 2 de la demanda, de fechas 1 de junio de 2.007 y 14 de marzo de 2.008, por incumplimiento de normativa imperativa y prohibitiva; falta de transparencia; y desproporción.

"En todos los casos anteriores:

"Condenar a Barclays Bank, S.A., a estar y pasar por dicha declaración, ordenando la devolución y prestaciones habidas entre las partes y en consecuencia, condenar a Barclays Bank, S.A. a abonar a D. Alberto la cantidad de 189.802,18.-€, más 8.447,70.-€ por comisiones de depósito y administración de valores, o la que resulte una vez la demandada aporte las cantidades exactas giradas por estos conceptos, más los intereses legales desde las fechas de los respectivos pagos.

"5.- Alternativa y subsidiariamente, y para el caso de no estimarse las anteriores acciones, condene a Barclays Bank S.A. a indemnizar a D. Alberto en la cantidad de 189.802,18.-€, más 8.447,70.-€ por comisiones de depósito y administración de valores, o la que resulte una vez la demandada aporte las cantidades exactas giradas por estos conceptos, más los intereses legales desde las fechas de los respectivos pagos.

"6.- Alternativa y subsidiariamente y para el caso de no estimarse las anteriores acciones, condenar a Barclays Bank, S.A. a abonar a D. Alberto la cantidad de 23.026,00.-€ indebidamente cobrada, más los intereses legales desde las fechas de los respectivos pagos.

"Todo ello con expresa condena en costas a Barclays Bank, S.A."

**2.-** La entidad demandada Barclays Bank S.A.U., representada por la procuradora Dña. Adela Cano Lantero y bajo la dirección letrada de D. J. Ignacio Trillo Garrigues y Manuel Ballesteros Martínez de Medinilla, 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, en razón de los hechos y argumentos que quedan expuestos, desestime íntegramente la demanda, absolviendo de todas sus pretensiones a mi representada, con expresa imposición de costas al actor y con los demás pronunciamientos que fueren de rigor".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 19 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Alberto , representada por el procurador D. Emilio García Guillén, contra Barclays Bank S.A.:

"1) Declaro la nulidad de los contratos de compra suscritos entre D. Alberto y Barclays Bank S.A. el 1 de Junio de 2007 de "bono estructurado autocancelable bancos franceses 11 (cupón 8%)" emitido por Barclays Bank PLC sobre valores BNP Paribas, Societé General y Crédit Agricole, y el 14 de Marzo de 2008 de "bono estructurado autocancelable RBS, BBVA, SAN II. marzo (cupón 16%)", emitido por SGA sobre valores de Royal Bank of Scotland, Banco Santander y BBVA, por error invalidante en el consentimiento.

"2) Condeno a Caixa Bank S.A. a restituir al demandante la cantidad que en ejecución de sentencia se determine resultante de incrementar los 232.000 euros con los intereses legales desde las respectivas fechas de compra, de la que deberán deducirse la cantidad percibida como cupones de los citados productos, incrementada igualmente con los intereses legales que se produzcan desde su abono hasta la fecha de la liquidación, y la cantidad percibida por cada uno de los productos en el momento de su liquidación, incrementada igualmente con los intereses legales.

"3) Todo ello con imposición de las costas de este juicio a la parte demandada".

Por Caixabank S.A. se solicitó aclaración de sentencia que fue denegada por auto de fecha 6 de octubre de 2016.

**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 1 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. representada por el procurador de los tribunales Sra. Cano Lantero contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 13 de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2016 en autos de juicio ordinario núm. 931/14 debemos revocar y revocamos la misma y en su consecuencia, desestimando la demanda en su día formulada por D. Alberto debemos absolver y absolvemos a Caixabank S.A. de los pedimentos en ella contenidos, con imposición al demandante de las costas causadas en la primera instancia y sin expreso pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Alberto se interpuso recurso de extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- En virtud del art. 469.1, 2.º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el art. 217 apartado 3 LEC, al haberse trasladado la carga de la prueba sobre un hecho negativo a la actora cuando correspondía a la demandada, por cuanto no estimándose como probados algunos hechos, se han atribuido las consecuencias de dicha falta de prueba a quien no le incumbe probarlos.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del número 3.º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Oposición o desconocimiento de la sentencia recurrida de que las doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015; y las STS 1202/2016, de 25 de febrero; 435/2016, de 29 de junio; 718/2016, de 1 de diciembre y 153/2017, de 3 de marzo, en relación al momento de la consumación de los contratos bilaterales y sinalagmáticos para el inicio del cómputo del plazo de cuatro años determinado en el art. 1301 CC, no modifica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo hasta ahora, de que es el momento en el que han finalizado completamente las prestaciones derivadas del contrato para ambas partes. Se concreta en infracción por aplicación indebida de los arts. 1301 y 1969 del CC, en relación con la estimación de la excepción de caducidad de la acción.

Segundo motivo.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presentar la resolución interés casacional, al amparo



del número 3.º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, relativa al *dies a quo* del plazo de caducidad y al momento en el que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error. Se concreta en infracción por aplicación indebida, de los arts. 1301 y 1969 del CC, en relación con la estimación de la excepción de caducidad.

Tercer motivo.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presentar la resolución interés casacional, al amparo del número 3.º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por infracción de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil relativo a las exigencias de la buena fe. Inaplicación de los principios del Derecho Europeo de Contratos cuyo art. 1:291 establece el principio de actuar a cada parte conforme los principios de la buena fe. Por incorrecta aplicación de los arts. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores. Incorrecta aplicación de la Directiva 1999/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, arts. 11 y 12. Incorrecta aplicación de los arts. 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107 y 1108 del Código Civil.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de septiembre de 2019, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Adela Cano Lantero, en nombre y representación de la entidad mercantil Caixabank S.A., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo de 2020, suspendiéndose por licencia por enfermedad del ponente, señalándose nuevamente para el día 7 de julio de 2020, suspendiéndose a petición de las partes al negociar ambas una eventual transacción, solicitándose posteriormente nuevo señalamiento al no haber alcanzado un acuerdo por ambas, señalándose para el 1 de diciembre de 2020 en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte demandante, D. Alberto interpuso demanda contra Barclays Bank, S.A., en ejercicio de acción de resolución de las órdenes de compra valores fechadas el 1 de junio de 2007 y 14 de marzo de 2008, de forma subsidiaria, acción de resolución por incumplimiento de las demandadas de las obligaciones contractuales de información precontractual, subsidiariamente de nulidad por infracción de normas imperativas, de anulabilidad por error en el consentimiento y, subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios, reclamando por tal concepto la cantidad de 189.802,18 euros.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando la caducidad de la acción, negando la existencia de error alguno en el consentimiento de los demandantes, afirmando el cumplimiento de sus deberes de información sobre la naturaleza del producto y sus riesgos.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, declarando la nulidad por error en el consentimiento de las órdenes de compra.

En la sentencia de primera instancia se declaró:

"CUARTO.- Partiendo de lo anterior y de la prueba practicada ha resultado acreditado:

"1) El demandante, si bien es tutor de Doña Emma, y como tal gestiona el patrimonio de la misma, y además ha sido miembro del comité de cuentas del partido político UPN, no consta ni se acredita que se trate de una persona con experiencia financiera y desde luego no consta inversión anterior en productos estructurados similares.

"2) En cuanto al perfil inversor, del demandante, en la contratación realizada en el año 2007 no existe dato objetivo; con respecto a la contratación realizada en el año 2008 consta que la demandada consideraba que el producto no era adecuado para el cliente (folio 51), a pesar de lo cual fue esta entidad la que se lo ofreció, como reconoce el testigo Sr. Bartolomé, trabajador de la entidad demandada en el momento de los hechos y que claramente manifiesta no sólo que asesoraba a D. Alberto, sino que en el caso de la contratación del segundo de los bonos autocancelables, se ofreció a los clientes que tenían contratado el bono Bancos Franceses para



intentar que se resarcieran de las pérdidas que se habían producido en aquel. Así las cosas, no cabe sino concluir la existencia de un asesoramiento por parte de la demandada tanto en la contratación de 2007 como de 2008, ofreciéndose productos que no eran adecuados al mismo, pues si no lo eran en Marzo de 2008, parece poco probable y no se acredita en ningún caso que lo fueran tan sólo diez meses antes. Por tanto no sólo se le asesoraba sino que se hacía negligentemente ofreciéndole productos que no resultaban adecuados a su perfil.

"3) En relación con la información, no consta documentación alguna al respecto entregada, y si bien es cierto que el testigo Sr. Bartolomé manifiesta que se explicaban el funcionamiento del producto y sus riesgos, en aproximadamente media hora, no consta suficientemente acreditado que se plantearan posibles escenarios con ejemplos ni en el caso del primero de los bonos la concurrencia de un conflicto de intereses al ser la entidad demandada la emisora y la comercializadora; y en todo caso no consta que se le informara de las proyecciones de evolución de las entidades que eran las subyacentes y que en poco tiempo terminaron incluso siendo nacionalizadas.

"Así las cosas no puede sino concluirse que la información del producto ofrecido al demandante fue incompleta, de modo que eso le produjo un error en su consentimiento; error esencial y excusable en tanto en cuanto es la propia entidad la que le asesora, por lo que procede nulidad solicitada, determinando los efectos de la misma el artículo 1303 del Código Civil, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la entidad bancaria demandada, recurso que ha sido resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.<sup>a</sup>, de fecha 1 de junio de 2017, la cual estima el recurso de apelación revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda.

Dicha resolución comienza examinando la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, concluyendo que la misma está caducada. Apoya tal conclusión en que el demandante fue consciente del riesgo de su inversión desde el primer momento de su contratación puesto que nunca ha negado su conocimiento de que el capital invertido no estaba garantizado y ello se vio confirmado al menos con la información que a efectos fiscales en cuanto al valor de su inversión se le notificaba anualmente y desde luego en diciembre de 2008. Añade que incluso pudo tener conocimiento antes, esto es, cuando tuvo conocimiento concreto de las características reales del producto, es decir, cuando fue consciente el demandante a su entender de que le engañaron y es obvio que desde ese momento tuvo cuatro años para ejercitar la acción de nulidad, de suerte que interpuesta la demanda con fecha 27 de junio de 2014, había transcurrido con creces el mentado plazo de cuatro años. Respecto a la acción de nulidad absoluta que fue desestimada por la sentencia de primera instancia en la medida que no fue objeto de recurso, no procede efectuar pronunciamiento en esta alzada. Rechaza la acción de resolución por incumplimiento de la obligación de entrega de los bonos adquiridos al entender que sobre tal extremo no hubo incumplimiento alguno por la entidad bancaria demandada. En cuanto a la acción de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de información precontractual sobre la naturaleza del producto y sus riesgos indicando que la vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria. Y por último, en relación con la indemnización de daños y perjuicios también es rechazada. A tal fin indica en su fundamento de derecho quinto, lo siguiente:

"[...] que si bien no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo en cuanto que es una inversión sino que es preciso conocer cuales son esos riesgos y la empresa de servicios está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos por disposición legal y de la buena fe contractual, es claro que la mera afirmación de no haber recibido tal información cuando al tiempo se manifiesta no prestar atención a lo que se informa y que se firma todo lo que se le dice sin comprobación alguna estando plenamente capacitado para comprender lo explicado, hace improsperable la acción y ello porque si esa información puede considerarse determinante de la decisión de inversión del cliente, lo es también para fijar la relación de causalidad entre la omisión de información y el daño derivado de la pérdida de la inversión, ergo si no ha existido tal omisión sino una mera actitud pasiva del inversor que la recibe e ignora no se da la relación causal entre la pérdida sufrida y el alegado incumplimiento contractual por la demandada [...]"

La sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en casación y por infracción procesal por la parte demandante, D. Alberto .

Dicho procedimiento fue tramitado en atención a una cuantía inferior a los 600.000 euros por lo que su acceso a la casación tiene cabida a través del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

El escrito de interposición, en cuanto al recurso de casación, se articula en tres motivos.



En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1301 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala n.º 769/2014, de fecha 12 de enero de 2015, 18/2016, de 1 de diciembre, 371/2017, de 9 de junio de 2017, 376/2015, de 7 de julio, 734/2016, de 20 de diciembre y 218/2017, de 4 de abril, relativas a la caducidad de la acción.

Argumenta la parte recurrente que la Audiencia Provincial infringe el artículo 1301 del Código Civil al considerar que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento podía comenzar a correr en un momento anterior a la consumación del contrato cuando se haya producido algún evento que permita al actor percatarse del error padecido. En concreto indica la parte recurrente que el bono estructurado autocancelable Bancos Franceses II, tenía su vencimiento el 1 de julio de 2010 y el bono estructurado autocancelable RBS, BBVA SAN II, tenía su vencimiento el 4 de abril de 2013, de suerte que interpuesta la demanda el 12 de junio de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años fijado por la norma.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1301 y 1964 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala n.º 769/2014, de fecha 12 de enero de 2015, 18/2016, de 1 de diciembre y 371/2017, de 9 de junio.

Argumenta la parte recurrente que para la sentencia recurrida el conocimiento de que el capital invertido no estaba garantizado, sin más matizaciones, y la información en diciembre de 2008 de la bajada de valor de uno los bonos son suficientes para afirmar que la demandante alcanzó con un conocimiento suficiente sobre la naturaleza de los bonos y sus riesgos, obviando que el demandante es un cliente minorista, sin conocimientos financieros al que no le fue entregada documentación alguna sobre la naturaleza del producto y sus riesgos, no pudiendo fijarse tales fechas como determinantes del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad, debiendo fijarse como tal el momento del vencimiento de tales productos.

Por último, en el motivo tercero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 7, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107 y 1108 del Código Civil, el artículo 1:291 de los principios de derecho europeo de los contratos, los artículos 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, y la directiva 1999/22/CEE de 10 de junio, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A tal fin cita como opuestas a la recurrida hasta once sentencias de esta Sala relativas al incumplimiento de las obligaciones de información por las entidades bancarias.

Señala el Sr. Alberto que la sentencia recurrida afirma que es la actitud del demandante lo que determina la falta de un nexo de causalidad entre la información y la decisión inversora lo que impide otorgar la indemnización de daños y perjuicios solicitada, todo ello al margen de que el demandante es un cliente minorista sin conocimientos financieros, no existiendo información de ningún tipo sobre la naturaleza del producto y sus riesgos con la consiguiente asimetría informativa.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un único motivo en el que al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, se alega la infracción del artículo 217 LEC, denunciando la incorrecta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba en tanto que la prueba relativa a la existencia de información sobre la naturaleza del producto y sus riesgos le correspondía a la parte demandada, no habiendo probado esta última que dicha información se produjera.

**SEGUNDO.-** *Causas de inadmisibilidad del recurso de casación.*

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad.

1. Procede rechazar la ausencia de interés casacional ( sentencia 89/2018 de 19 de febrero).
2. No se altera la base fáctica de la sentencia, en cuanto se invoca la infracción de los principios de la carga de la prueba.
3. Los preceptos que se citan son homogéneos y coordinados.

**TERCERO.-** *Motivo primero del recurso de casación.*

El recurrente expresa de la siguiente forma este motivo: por la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del número 3.º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Oposición o desconocimiento de la sentencia recurrida de que las doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015; y las STS 1202/2016, de 25 de febrero; 435/2016, de 29 de junio; 718/2016, de 1 de diciembre y 153/2017, de 3 de marzo, en relación al momento de la consumación de los contratos bilaterales y sinalagmáticos para el inicio del cómputo del plazo de cuatro años determinado en el art. 1301 CC, no modifica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo



hasta ahora, de que es el momento en el que han finalizado completamente las prestaciones derivadas del contrato para ambas partes. Se concreta en infracción por aplicación indebida de los arts. 1301 y 1969 del CC, en relación con la estimación de la excepción de caducidad de la acción.

**CUARTO.** *Decisión de la sala. Plazo de ejercicio de la acción.*

Se estima el motivo.

Debemos iniciar el análisis de los recursos por este motivo de casación, dado que si hubiera transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, carecerían de sentido los demás motivos .

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".

En el presente caso, en los contratos impugnados se fijaban como fechas de vencimiento, julio de 2010 y junio de 2014, por lo que cuando se interpuso la demanda el 27 de junio de 2014, no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, por ello el plazo de la acción de anulabilidad no había transcurrido ( art. 1301 C. Civil), por lo que debe estimarse el motivo de casación.

**QUINTO.-** *Motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal. En virtud del art. 469.1 , 2.º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con el art. 217 apartado 3 LEC , al haberse trasladado la carga de la prueba sobre un hecho negativo a la actora cuando correspondía a la demandada, por cuanto no estimándose como probados algunos hechos, se han atribuido las consecuencias de dicha falta de prueba a quien no le incumbe probarlos.*

Se estima el motivo.

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

En el presente caso en la resolución recurrida se violan las normas sobre carga de la prueba, pues pese a no constar información precontractual, tratarse de un producto complejo, ser un cliente minorista de perfil conservador y desaconsejar el banco la contratación del producto, hace recaer en el demandante la obligación de obtener información que se le debería haber facilitado por la demandada ( art. 217.3 LEC).

**SEXTO.-** *Motivos segundo y tercero del recurso de casación.*

Segundo motivo.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presentar la resolución interés casacional, al amparo del número 3.º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015, relativa al *dies a quo* del plazo de caducidad y al momento en el que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error. Se concreta en infracción por aplicación indebida, de los arts. 1301 y 1969 del CC, en relación con la estimación de la excepción de caducidad.

Tercer motivo.- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por presentar la resolución interés casacional, al amparo del número 3.º del párrafo segundo del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por infracción de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil relativo a las exigencias de la buena fe. Inaplicación de los principios del Derecho

Europeo de Contratos cuyo art. 1:291 establece el principio de actuar a cada parte conforme los principios de la buena fe. Por incorrecta aplicación de los arts. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores. Incorrecta aplicación de la Directiva 1999/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, arts. 11 y 12. Incorrecta aplicación de los arts. 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1107 y 1108 del Código Civil.

Se estiman los dos motivos, que se analizan conjuntamente.

**SÉPTIMO.-** *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos anteriores 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.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos. 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 producto 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. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, 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), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos analizados, 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".

**OCTAVO .-** *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos financieros complejos, puede provocar su nulidad.

Como afirma la sentencia 515/2018, de 20 de septiembre, que, aunque relativa a error vicio se conecta con el deber de información:

"En este caso, no consta que se informara al cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 bis LMV y en el RD 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. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en obligaciones subordinadas era adecuada a dicho perfil".





"Tampoco puede serlo el hecho de haber adquirido con anterioridad participaciones preferentes pues si a causa de la alarma mediática sobre el riesgo de ellas, acudió a la sucursal bancaria a fin de desprenderse de ellas, lo que finalmente consiguió, a pesar de recibir inicialmente consejos en contra por parte del director, no tiene sentido que este le ofreciese obligaciones subordinadas, producto también complejo y de riesgo, cuando le constaba las reticencias del adquirente a riesgos de inversión (sentencia 210/2019, de 5 de abril)".

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

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

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

3.- La entidad recurrente prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo 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 (sentencia 421/2019, de 16 de julio, sobre obligaciones subordinadas Eroski).

En el presente caso consta:

1. Se trata de un producto financiero complejo.
2. Se trata de un inversor minorista.
3. Se le oferta un producto que la entidad reconoce que es desaconsejable, por lo que no basta con que el cliente lo aceptase pese a ello, sino que en ningún momento, en cuanto asesores, debieron ofrecérselo.
4. El perfil conservador del cliente debió impedir la oferta de un producto de alto riesgo como son los bonos estructurados.
5. Hubo carencia de información precontractual y por la formación del contratante no consta que tuviese conocimientos profesionales para conocer con suficiente profundidad el producto que se le ofertaba.

Por lo expuesto procede estimar el recurso de casación y asumiendo la instancia confirmamos íntegramente la sentencia de 19 de septiembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid (juicio ordinario 931/2014).

**NOVENO.- Costas.**

No se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni de la casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.



## 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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Alberto, contra la sentencia de fecha 1 de junio de 2017 de la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 254/2017).

**2.º-** Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia confirmamos íntegramente la sentencia 19 de septiembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid (juicio ordinario 931/2014).

**3.º-** No se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal ni del recurso de casación, con devolución a la parte recurrente de los depósitos constituidos para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC).

**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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ