



Roj: **STS 4945/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4945**

Id Cendoj: **28079110012015100652**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2015**

Nº de Recurso: **1791/2012**

Nº de Resolución: **676/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CS 373/2012,**  
**STS 4945/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por INCOLRAPID S.L, representada ante esta Sala por el procurador D. Marcos Juan Calleja García, contra la sentencia dictada el 30 de abril de 2012 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón en el recurso de apelación núm. 25/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 693/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Castellón, sobre nulidad de contrato de permuta financiera sobre tipos de interés (Swap). Ha sido parte recurrida NCG BANCO S.A, representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Paz Santamaría Zapata.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La procuradora D<sup>a</sup> Dolores María Olucha Varella, en nombre y representación de INCOLRAPID S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra CAJA DE AHORROS DE GALICIA S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que: « **1.** Declare la nulidad del contrato Marco para Cobertura de Operaciones financieras de fecha 20 de Abril de 2007 (nº de operación 35362721) que hemos acompañado como Documento 2 y, asimismo declare la nulidad de la Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés Anexo a contrato Marco de fecha 23 de Abril de 2007 (nº contrato Marco 00000035362721) que hemos acompañado como Documento 3, por concurrir ERROR en el consentimiento de mi mandante e incumplimiento de normas imperativas, con restitución recíproca de prestaciones, dejando sin efecto las liquidaciones practicadas hasta la fecha y las que se practiquen en lo sucesivo.

**2** . Subsidiariamente, para el caso de que no estime dicha primera petición, se declare cancelado, por falta de causa, el contrato Marco para Cobertura de Operaciones financieras de fecha 20 de Abril de 2007 (nº de operación 35362721) que hemos acompañado como Documento 2 y, asimismo se declare cancelado la Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés Anexo a contrato Marco de fecha 23 de Abril de 2007 (nº contrato Marco 00000035362721) que hemos acompañado como Documento 3, sin coste ni penalización para mi mandante, desde el 8 de febrero de 2008, fecha de cancelación del préstamo (que hemos acompañado como Documento 1) o, alternativamente, desde el 29 de Julio de 2009, fecha de la carta remitida por la demandante a la demandada, que hemos acompañado como Documento 6.

**3.** Declarada la nulidad o practicada la cancelación solicitada en los apartados anteriores, se elimine cualquier anotación de la demandante en los Registro de morosos, que pudiera haberse practicado por la demandada a consecuencia de los contratos cuya nulidad se solicita en la presente litis.

**4.** Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso.»



**SEGUNDO.-** La demanda fue presentada el 15 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Castellón y fue registrada con el núm. 693/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**TERCERO.-** El procurador D. Jesús Rivera Huidrobo, en representación de CAJA DE AHORROS DE GALICIA (Caixa Galicia), hoy denominada NOVA CAIXA GALICIA, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dicte sentencia «desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Castellón dictó sentencia de fecha 15 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

« **FALLO:** Que estimando la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Doña DOLORES MARÍA OLUCHA VARELLA en nombre y representación de la mercantil INCOLRAPID S.L. frente a CAJA DE AHORROS DE GALICIA debo declarar y declaro la nulidad del contrato Marco para Cobertura de operaciones financieras de fecha 20 de abril de 2007 (nº de operación 35362721) y la nulidad de la Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés Anexo a Contrato Marco de fecha 23 de Abril de 2007 ( nº Contrato Marco 35362721), con restitución recíproca de prestaciones, dejando sin efecto las liquidaciones practicadas hasta la fecha y las que se practiquen en lo sucesivo, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de CAIXA DE AFORROS DE GALICIA, VIGO, OURENSE E PONTEVEDRA (NOVA CAIXA GALICIA) hoy NCG BANCO S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, que lo tramitó con el número de rollo 25/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

« **FALLAMOS :** Que **estimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco S.A, contra la Sentencia dictada el día 15 de diciembre de 2011 por la lltma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 9 de Castellón , en los autos de Juicio Ordinario Núm. 693 del año 2.011, de los que este Rollo dimana, debemos revocar y **REVOCAMOS** la expresada resolución, y en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por la mercantil Incolrapid S.L. absolvemos a NCG Banco S.A de las pretensiones deducidas contra el mismo en la demanda rectora del procedimiento, todo ello con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandante y sin hacer especial declaración sobre las costas devengadas en esta alzada».

**SEXTO.-** La procuradora D<sup>a</sup> Dolores María Olucha Varella, en representación de INCOLRAPID S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

« **Primero.-** Incumplimiento de normas imperativas. Infracción por su no aplicación de la normativa vigente, en concreto de los artículos 14.1 , 15.1 y los artículos 4 , 5.1 , 5.3 y 5.4 del Anexo, todos del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación de los Mercados de Valores y registros obligatorios. Infracción por su no aplicación de los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1998 de 28 de julio de Mercado de Valores . Infracción por su no aplicación del artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito. Infracción por su no aplicación de la Orden de 12 de diciembre de 1989 del Ministerio de Economía y Hacienda. Infracción por su no aplicación de la Orden 25 octubre de 1995 del Ministerio de Economía y Hacienda. Infracción por su no aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 13 de abril y e , Infracción por su no aplicación de la Ley 26/1984 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios e Infracción por su no aplicación del artículo 7 Código Civil .

**Segundo.** - Incumplimiento por inapreciación de las exactas características de los contratos objeto de autos

**Tercero.-** Incumplimiento de normas imperativas: Infracción por su no aplicación de la normativa vigente, en concreto de los artículos 14.1 , 15.1 y los artículos 4 , 5.1 , 5.3 y 5.4 del Anexo del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación de los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. Infracción por su no aplicación de los artículos 78 , 78 Bis , 79 y 79 Bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores . Infracción por su no aplicación del artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito. Infracción por su no aplicación de la Orden 12 diciembre de 1989 del Ministerio de Economía y Hacienda. Infracción por su no aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 13 de abril y del artículo 7 Código Civil e, Infracción por su no aplicación de la Ley 26/1984 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *relativos todos ellos al deber de información exigida a las entidades financieras al ofrecer un contrato como el de autos, información esencial para la formación de la voluntad contractual del recurrente.*



*Incumplimiento por su no aplicación de las circunstancias concurrentes al caso y de las pruebas practicadas en autos.*

**Cuarto.-** Incumplimiento por su no aplicación de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil y de la doctrina del error en el consentimiento.»

**SÉPTIMO.-** 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 4 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad Incolrapid, S.L contra la sentencia dictada, el 30 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sección Primera, en el rollo de apelación nº 25/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 693/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Vinaroz.».

**OCTAVO.-** 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.

**NOVENO.-** Por providencia de 5 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 24 de marzo de 2006, la compañía mercantil "Incolrapid, S.L.", celebró con la entonces Caja de Ahorros de Galicia un contrato de préstamo mercantil por importe de 1.000.000 €, a un interés variable. Aproximadamente un año después, la entidad financiera le ofreció a "Incolrapid" la suscripción de un contrato de permuta de tipos de interés, firmándose el 20 de abril de 2007 un denominado contrato marco para cobertura de operaciones financieras y el día 23 de abril siguiente un documento titulado "confirmación de cobertura de tipos de interés anexo a contrato marco", con un nocional igual al nominal del préstamo mercantil, 1.000.000 €, fecha de inicio el 30 de abril de 2007 y vencimiento el 30 de abril de 2011 y unos tipos de intereses nominales que, según las anualidades de duración del contrato, oscilaban entre el 4,45% y el 4,65%.

2.- El 8 de febrero de 2008 la prestataria canceló el préstamo mercantil, pero el contrato de permuta financiera siguió vigente y a partir de abril de 2009 comenzó a generar liquidaciones negativas, abonando durante ese año un total de 20.794,47 €. Tras hacer diversas reclamaciones a la entidad, ésta le comunicó que la única manera de desligarse del contrato anticipadamente era abonar el coste de cancelación.

3.- En abril de 2011, "Incolrapid, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Caja de Ahorros de Galicia", en la que solicitaba: 1) La declaración de nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras de 20 de abril de 2007 y de la confirmación de cobertura de tipos de interés de 23 de abril siguiente, por error en el consentimiento e incumplimiento de normas imperativas, con restitución de las prestaciones; 2) Subsidiariamente, la cancelación por falta de causa de ambos contratos, sin coste ni penalización para el cliente; 3) La cancelación de cualquier mención en los registros de morosos, relativa a estas operaciones.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Castellón, éste dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) Fue la entidad bancaria quien ofreció al cliente el producto, dándole a entender que lo cubría frente a la subida de tipos de interés; (ii) No se le entregó ningún folleto informativo y fue la entidad quien fijó el nocional; (iii) el cliente no fue consciente del riesgo hasta que comenzó a recibir liquidaciones negativas. Por lo que concluyó que en la suscripción de los contratos litigiosos existió vicio del consentimiento, declarando su nulidad y ordenando la restitución de las prestaciones.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el mismo fue resuelto por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, que rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, y consideró resumidamente que: (i) no se entregó documentación precontractual al cliente, pese a lo cual "Incolrapid" pudo conocer el riesgo de la operación, porque en el propio texto del documento de confirmación de cobertura y bajo el epígrafe "Aviso Importante" se le advertía de tales riesgos; (ii) hasta que no se recibieron las liquidaciones negativas, no se formuló objeción alguna por el cliente, ni solicitó la cancelación de la operación;



(iii) en todo caso, el error sería inexcusable, pues el representante de la demandante debería haber desplegado la diligencia necesaria para conocer los términos del contrato que estaba firmando; (iv) el contrato de permuta financiera tiene carácter aleatorio, por lo que su resultado es indeterminado; (v) la cancelación previa del contrato de préstamo mercantil no afectó a la subsistencia del contrato de permuta financiera, puesto que ambas operaciones no estaban vinculadas. Razones por las cuales la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por la entidad financiera y desestimó la demanda.

## **SEGUNDO.- Recurso de casación.-**

1.- El recurso de casación interpuesto por "Incolrapid, S.L." se fundó en cuatro motivos, todos ellos al amparo del artículo 477.2.º LEC, que resumidamente se enuncian así: 1º Incumplimiento de normas imperativas, arts. 14, 15, 4 y 5 del Real Decreto 629/1993 y 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores y Órdenes Ministeriales que los desarrollan; 2º Incumplimiento por "inapreciación" (sic) de las exactas características de los contratos objeto de autos; 3º Incumplimiento de normas imperativas, Real Decreto 629/1993 y artículos 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, en cuanto al deber de información exigido a las entidades financieras; 4º Incumplimiento de los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil y de la doctrina del error en el consentimiento.

2.- Ha de advertirse de inicio que el segundo motivo casacional, por su generalidad, inconcreción y falta de cita de la norma sustantiva que se considera infringida, ha de ser directamente desestimado, al incumplir palmariamente los mínimos requisitos de admisión a que obliga el artículo 481 LEC y que han sido desarrollados por esta Sala. Puesto que como hemos afirmado en numerosas resoluciones, los motivos de inadmisión devienen en motivos de desestimación en este momento procesal ( Sentencias 705/2013, de 12 de noviembre, y 170/2015, de 26 de marzo, entre otras muchas).

3.- A su vez, es cierta la defectuosa técnica casacional que denuncia la parte recurrida respecto de los demás motivos, especialmente el primero y el segundo. No obstante, el déficit no es tan acusado como en el motivo al que nos hemos referido en el párrafo anterior, porque en el encabezamiento se citan las normas supuestamente infringidas y teniendo en cuenta que en el desarrollo de estos motivos se identifican correctamente las infracciones legales o vulneraciones jurisprudenciales que, a criterio de la recurrente, se han producido en la sentencia recurrida, los defectos de formulación casacional no pueden erigirse en obstáculos insalvables para la admisión del recurso. Sobre estas cuestiones de admisibilidad, la Sala fijó criterio en su Auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 -recurso nº 485/2012- (acogido posteriormente, entre otras, en Sentencia 351/2015, de 15 de junio) y que ahora reproducimos en los aspectos relevantes para resolver la cuestión suscitada:

*" 2.- Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse "absolutas" ("notorias" las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración. Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse "absoluta", como puede ser el carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal. Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como "pretensión autónoma de inadmisibilidad" que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.*

*3. - Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo ). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema*





*jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia".*

4.- Aclaradas las precedentes cuestiones de admisibilidad y dado que tanto en la demanda se articuló como pretensión principal la nulidad contractual por error-vicio del consentimiento, como por la evidente conexión entre dicha materia y el incumplimiento de la normativa legal sobre el deber de información a la clientela por parte de las entidades financieras, debe examinarse primeramente el cuarto de los motivos alegados. Asimismo, como quiera que tanto en el recurso como en la oposición al mismo se hace referencia a la jurisprudencia de esta Sala sobre el error como vicio del consentimiento contractual, hemos de advertir que sobre los contratos de permuta financiera o swap existe ya un reciente y abundante cuerpo de doctrina dictada por esta Sala, representado por la Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 550/2015, de 13 de octubre; 535/2015, de 15 de octubre; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 562/15, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; y 588/2015, de 10 de noviembre.

5.- Tales sentencias conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos. Más en particular, como quiera que los contratos litigiosos se firmaron antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley del Mercado de Valores que traspuso a nuestro Derecho interno la normativa MiFID, haremos referencia a la regulación anterior, que hemos dado en llamar pre-MiFID. No sin antes advertir, como también hemos puesto de manifiesto en diversas resoluciones, que posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información, de manera tal que el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

6.- Así, hemos dicho en la Sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, con remisión a la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba «[u]na destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

7.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción, ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "[a]segurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, 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".

8.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, resulta que la información que se ofreció al cliente fue sobre la base de que se contrataba un producto cuya funcionalidad era cubrirse ante la eventualidad de subidas de los tipos de interés, ya que tanto el préstamo mercantil como otras operaciones suscritas por "Incolrapid" con la misma entidad, estaban sometidas a tipos variables; y de hecho, en la propia denominación del producto financiero en cuestión se incluye expresamente el término "cobertura". Aunque en el propio contrato (no consta información precontractual por escrito) se incluían menciones a la posibilidad de liquidaciones positivas o negativas en función de que la oscilación sobre los tipos fijos establecidos fueran al alza o a la baja, el mensaje fundamental -no solo implícito, sino expresado en la misma denominación de la operación- era que se contrataba una cobertura contra la subida del euríbor y no se informó realmente al cliente del riesgo inherente a la bajada de los tipos y las graves consecuencias económicas que ello podía conllevar. Puede ser que la mecánica básica de los productos, periodos de liquidación y tipos aplicables pudiera ser inteligible, pero no ocurre así con las liquidaciones periódicas ni con las cancelaciones anticipadas, que no muestran la más mínima claridad en su formulación; del mismo modo que no cabe deducir la existencia de una imprescindible información acerca de las tendencias o progresiones de los tipos de referencia. Como hemos advertido en resoluciones precedentes, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, "esa ausencia de información permite presumir el error". A lo que debe añadirse que el contrato y sus estipulaciones no fueron individualmente negociados, al tratarse de un contrato predispuesto por la oferente con vocación de proyectarlo a una generalidad de clientes (contrato de adhesión); y su clausulado no cumple las especificaciones de claridad y transparencia que exigían la mencionada normativa pre-MiFID y la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Máxime cuando lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que "Caja de Ahorros de Galicia" (actualmente "Abanca Corporación Bancaria, S.A.") 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.

9.- Si bien la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 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 ), acentúa la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, ya con la anterior regulación, aplicable al caso que nos ocupa, también era exigible dicha conducta activa, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad recurrente no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap ( Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la ya citada Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014 ), respecto de una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés



variable de un préstamo mercantil sin garantía personal, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del Euribor.

10.- En lo relativo al error como vicio del consentimiento, no tenemos más que remitirnos a la tan citada Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2014 , que dice: *"Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap.... Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.....Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar.... Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente"* .

11.- De ello cabe concluir las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. 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. 4. 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 minorista 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. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

12.- En relación con este producto complejo, "Caja de Ahorros de Galicia" no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Y no solo no se aseguró de que "Incolrapid, S.L." reunía las condiciones precisas para la suscripción del contrato de permuta financiera, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo, hasta el punto de inducir a error a dicho cliente sobre los verdaderos riesgos del producto, que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil , tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia.

13.- Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto ( Sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003 ). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la Sentencia de 13 de febrero de 2007 , para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de



cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Y como expresamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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.

Al no haber cumplido "Caja de Ahorros de Galicia" sus deberes legales de información, su cliente "Incolrapid, S.L." no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

14.- Razones por las cuales, dado que la sentencia recurrida contraviene la jurisprudencia de esta Sala antes citada, debe prosperar el recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por "NCG Banco, S.A." (actualmente, "Abanca Corporación Bancaria, S.A.") contra la sentencia de primera instancia, confirmarla íntegramente.

#### **CUARTO.-Costas y depósitos.-**

1.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a la parte apelante las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley.

2.- Igualmente, debe acordarse la devolución del constituido para el recurso de casación, según previene el apartado 8 de la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "Incolrapid, S.L." contra la sentencia de 30 de abril de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 25/12.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "NCG Banco, S.A." (actualmente, "Abanca Corporación Bancaria, S.A.") contra la sentencia núm. 191/2011, de 15 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Castellón, en el juicio ordinario núm. 693/11, que confirmamos íntegramente.

3.- Imponer a "NCG Banco, S.A." (actualmente, "Abanca Corporación Bancaria, S.A.") las costas del recurso de apelación.

4.- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.