

Roj: **STS 5155/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5155**Id Cendoj: **28079110012015100669**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/12/2015**Nº de Recurso: **2042/2012**Nº de Resolución: **691/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP A 1201/2012,**  
**STS 5155/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por "Catalunya Banc, S.A. (sucesora universal de Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa)", representada ante esta Sala por el procurador D. Armando Pedro García de la Calle y asistida por el letrado D. Carlos García de la Calle, contra la sentencia núm. 227/2012 dictada el diecisiete de mayo de dos mil doce, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación núm. 107(63)/12 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 198/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elda, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida "Barcelo Atom España, S.A.", representada ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Cristina Jiménez de la Plata y García de Blas y asistida por el letrado D. Juan Antonio Sánchez Cantos.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

**PRIMERO** .- El procurador D. Antonio Pérez Palomares, en nombre y representación de "Barcelo Atom España, S.A.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa" en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] A) Declarando la nulidad del contrato de collar con barreras concertado entre las partes en virtud de "orden en firme de contratación de collar con barreras" de fecha 18 de julio de 2008 (documento 1 de la demanda) y "confirmación collar con barreras y compensación" (documento 3 de esta demanda); del contrato marco de operaciones financieras de fecha 18 de julio de 2008 (documento 2 de esta demanda); y del contrato de swap ("swaption") concertado entre las partes en virtud de "orden en firme de venta de swaption" de fecha 27 de noviembre de 2008 (documento 7 de esta demanda), "confirmación opción sobre swap ("swaption") de la misma fecha (documento 8 de esta demanda), y "notificación ejercicio opción sobre swap ("swaption") de fecha 29 de diciembre de 2009 (documento 9 de esta demanda).

» B) Se declare que a consecuencia de la nulidad de los citados contratos las partes han de restituirse las recíprocas prestaciones efectuadas en virtud de los mismos, con sus intereses ( art. 1303 del Código Civil ), condenando en consecuencia a la parte demandada a restituir a mi mandante (única que ha efectuado prestaciones) la cantidad satisfecha a día de hoy por las liquidaciones practicadas en relación al contrato de swap ("swaption"), y que asciende a la suma de cuarenta y nueve mil doscientos veinte euros con veintidós céntimos (49.220,22 ?), con más los intereses legales procedentes, así como las que haya de satisfacer en el futuro en virtud del indicado contrato hasta que sea declarada judicialmente su nulidad, con más los intereses legales correspondientes.



» C) *Se condene en costas a la parte demandada por ser preceptivo.*

**SEGUNDO.-** La demanda fue presentada el 24 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elda y fue registrada con el núm. 198/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**TERCERO.-** El procurador D. Emilio Rico Pérez, en representación de "Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas a la demandante».*

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elda, dictó sentencia núm. 163/2011 de fecha catorce de noviembre de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: *«Se desestima la demanda presentada por la representación procesal de Barcelo Atom España, S.A. contra Caixa D'Estalvis de Catalunya Tarragona y Manresa y debo absolver y absuelvo a la demandada, Caixa D'Estalvis de Catalunya Tarragona y Manresa, de todos los pedimentos formulados en su contra.*

» *Todo ello sin formular expresa condena en costas a ninguna de las partes».*

#### **Tramitación en segunda instancia.**

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Barcelo Atom España, S.A." La representación de Catalunya Banc, S.A., como sucesora universal de Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 107(63)/12 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 227/12 en fecha diecisiete de mayo de dos mil doce , cuya parte dispositiva dispone: *«Que estimando el recurso de apelación entablado por la parte demandante, la mercantil Barcelo Atom España, S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup> Pilar Follana Murcia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Elda de fecha 14 de noviembre de 2011 , debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su virtud, debemos declarar y declaramos nulos de pleno derecho los contratos marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés, de fecha 18 de julio de 2008 y el contrato de swap -swaption- y la confirmación de opción de 27 de noviembre de 2008 y la notificación de ejercicio de opción sobre swap de 29 de diciembre de 2009, condenando a la entidad demandada a restituir a cada demandante el importe de 49.220,22 euros y las cantidades liquidadas en base a los contratos anulados que se hayan cargado y se sigan cargando hasta la ejecución de la sentencia, cantidades que devengarán los intereses legales correspondientes, la líquida, desde la fecha de la interpelación judicial y el resto, desde la misma fecha, de ser anteriores, o desde la fecha en que tenga lugar el cargo, de ser de fecha posterior a la demanda, con expresa imposición de las costas de primera instancia a la demandada; y sin expresa imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte demandada.*

» *Se acuerda la devolución al apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir».*

#### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.**

**SEXTO.-** El procurador D. Vicente Miralles Morera, en representación de "Catalunya Banc, S.A.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue la valoración de la prueba ilógica, irracional o absurda».

Los motivos del recurso de casación versaron sobre las siguientes cuestiones:

- 1) Si lo fundamental para resolver la acción ejercitada es valorar si el contratante sabía lo que contrataba y comprendía el alcance y contenido de la operación o si se cumple o no la normativa sectorial.
- 2) Si el cumplimiento o incumplimiento de la normativa sectorial determina o no la nulidad de un contrato.
- 3) Si toda permuta o derivado financiero es un contrato complejo.
- 4) Si existe error cuando el cliente sabe lo que contrata.
- 5) Si el error es excusable.
- 6) Fijación de doctrina legal sobre los efectos del contrato.
- 7) Incidencia de la desestimación en materia de costas.



**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 diez de septiembre de dos mil trece, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de "Catalunya Banc, S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 17 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) en el rollo de apelación nº 107 (63)/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 198/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda, con pérdida del depósito constituido.

» 2º) No admitir los motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Catalunya Banc, S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 17 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) en el rollo de apelación nº 107 (63)/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 198/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda.

» 3º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la indicada parte recurrente, contra la mencionada sentencia, en cuanto a sus motivos primero, segundo y tercero.

» 4º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría».

**OCTAVO.-** Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

**NOVENO.-** Por providencia de 5 de noviembre 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 18 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes del caso.

1.- La entidad "Barcelo Atom España, S.A." (en lo sucesivo, Barcelo Atom) interpuso demanda contra "Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa" (en lo sucesivo, Caixa Catalunya) en la que solicitó que se declarara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del contrato de swap (contrato collar con barreras) celebrados el 18 de julio de 2008 y el contrato de swap ("swaption") celebrado el 27 de noviembre de 2008 y la opción ejercitada por Caixa Catalunya el 29 de diciembre de 2009, por concurrir error vicio del consentimiento.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero, apelada, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, revocó la sentencia, estimó en parte la demanda y declaró la nulidad del contrato marco de operaciones financieras celebrado el 18 de julio de 2008 y el contrato de swap ("swaption") y la confirmación de opción de 27 de noviembre de 2008, así como la notificación del ejercicio de opción sobre el swap por parte de Caixa Catalunya de 29 de diciembre de 2009, condenándole a restituir las cantidades cobradas a la demandante con base en los contratos anulados, con sus intereses legales.

3.- Caixa Catalunya ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal ha sido inadmitido a trámite. También lo han sido los últimos cuatro motivos del recurso de casación.

### SEGUNDO.- Formulación de los dos primeros motivos del recurso de casación.

1.- En los dos primeros motivos del recurso de casación se plantea si lo fundamental para resolver la acción ejercitada es valorar si el contratante sabía lo que contrataba y comprendía el alcance y contenido de la operación o si se cumple o no la normativa sectorial y si el cumplimiento o incumplimiento de la normativa sectorial determina o no la nulidad de un contrato.

2.- Para todos los motivos se invocan como infringidos los artículos 1265 y 1266 del Código Civil .

### TERCERO.- Decisión de la Sala. La nulidad por error vicio en la contratación del swap de intereses.

1.- El recurso de casación está deficientemente formulado, y no solamente porque se observan defectos de técnica casacional, puesto que se obvian exigencias legales de la regulación de este recurso extraordinario,



sistematizadas en el Acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, sino porque imputa a la sentencia recurrida un planteamiento en la resolución del litigio que no responde a la realidad.

**2.-** La Audiencia Provincial no ha declarado la nulidad de los contratos porque Caixa Catalunya hubiera infringido la normativa reguladora del mercado de valores que le obliga a recabar información sobre el perfil de sus clientes potenciales y a informarles de determinados extremos de los productos financieros que les ofrece, en especial, sus principales características y los riesgos que conlleva su contratación.

Lo que ha hecho la Audiencia Provincial es constatar que efectivamente existió ese incumplimiento, puesto que, siendo la demandante un cliente minorista, Caixa Catalunya no realizó el test de idoneidad al cliente al que ofertaba la contratación de determinados productos financieros complejos, ni siquiera el de conveniencia, razón por la cual no pudo tener conocimiento del perfil del cliente, su nivel de formación y su experiencia en este tipo de productos y de sus necesidades inversoras; y tampoco informó, más allá de lo obvio, sobre las características de los productos objeto de los contratos concertados y sobre los riesgos que traía consigo su contratación, especialmente si bajaban los tipos de interés, sobre el alcance del coste de cancelación del swap, y sobre la existencia de un conflicto de intereses consistente en que el interés de la entidad financiera (que bajen los tipos de interés) es el opuesto al del cliente (que suban los tipos de interés). En especial, en el último de los productos contratados, la Audiencia considera especialmente grave que no se informara al cliente que Caixa Catalunya se reservaba el derecho de optar por activar o no el producto, lo que suponía un evidente desequilibrio por cuanto que permitía a la entidad financiera activar el producto si su apuesta por la evolución de los tipos de interés se cumplía.

La Audiencia Provincial también toma en consideración que el asesor contable de la demandante carecía de información precisa y de la formación necesaria para suplir el incumplimiento de los deberes informativos por parte de Caixa Catalunya. Ha de recordarse, pues así lo ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones, que para la correcta comprensión de este tipo de productos complejos no basta con los conocimientos ordinarios de un empresario, incluso del encargado de la gestión financiera de la empresa, pues son precisos conocimientos específicos dada la complejidad de estos productos y la dificultad de entender adecuadamente su funcionamiento y riesgos.

**3.-** Tras constatar lo anteriormente expuesto, la Audiencia considera que el administrador de Barcelo Atom fue inducido a error como consecuencia de una información insuficiente y defectuosa, y se le hizo creer que contrataba una cobertura frente a las subidas de los tipos de interés, sin conocer los riesgos que presentaba el producto y el coste de cancelación que podía tener.

Toma en consideración la Audiencia que el demandante no tiene la condición de experto financiero, que no le resultan comprensibles los términos del contrato, pues sin conocimientos especiales las fórmulas matemáticas de las liquidaciones a realizar son incomprensibles, tratándose de una regulación contractual mucho más compleja que la que Caixa Catalunya pretende reducir a un sencillo mecanismo de ganancia-pérdida, y considera el error excusable porque Caixa Catalunya incumplió sus deberes legales de informar convenientemente al cliente, una vez informada de la experiencia y conocimientos del cliente.

Concurriría asimismo el requisito del nexo causal entre el error y la decisión de contratar, pues la demandante suscribió los contratos impugnados en la falsa creencia de que eran un instrumento de cobertura frente al eventual incremento del tipo de interés variable del préstamo hipotecario, cuando en realidad se trataba de contratos especulativos y de alto riesgo, que provocaban graves pérdidas al cliente cuando el tipo de interés de referencia bajaba, y le impedían seguir sufriendo esas pérdidas salvo que pagara un elevado coste de cancelación del que tampoco se le advertía adecuadamente en la información suministrada.

**4.-** Lo expuesto muestra claramente que la Audiencia Provincial no ha declarado la nulidad de los contratos simplemente porque se hayan infringido deberes "formales" impuestos por la normativa del mercado de valores, sino porque la demandante, que no era experta financiera, ha incurrido en un error sobre características esenciales de los contratos y sobre los riesgos que llevaban aparejados, inducida por Caixa Catalunya que incumplió del deber de informar adecuadamente sobre el producto complejo que ofertaba a su cliente, por lo que lo considera excusable.

#### **CUARTO.- Formulación del tercer motivo del recurso de casación.**

En el tercer motivo del recurso de casación, último que ha sido admitido, la recurrente plantea si toda permuta o derivado financiero es un contrato complejo.

#### **QUINTO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.**

**1.-** La permuta financiera, sea sobre tipos de interés, sobre índice de inflación, o similar, tiene la consideración de producto financiero complejo conforme al art. 78.8 de la Ley del Mercado de Valores y al anexo I, sección



C, punto 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID). Así lo ha declarado también la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Caso Genil 48, S.L. y otros contra Bankinter, S.A y otros, y así lo ha declarado esta Sala en las numerosas ocasiones que en los últimos meses ha debido pronunciarse sobre la nulidad del contrato de swap por vicios del consentimiento por no haberse facilitado la información exigida por la normativa reguladora del mercado de valores.

2.- Cuestión distinta es que, siendo un producto financiero complejo, pueda revestir distintos grados de complejidad, y que tratándose de un cliente de perfil adecuado, y con explicaciones claras, no engañosas, imparciales y suministradas con suficiente antelación sobre las características y riesgos del producto, tal cliente pueda formar adecuadamente su consentimiento.

3.- Tal posibilidad no es negada por la sentencia recurrida. Lo que esta afirma es que el swap es un producto complejo, lo cual es correcto, que no puede reducirse a una regla de funcionamiento simple y básica como interesadamente quiere hacer creer la recurrente, puesto que la regulación que resulta de los contratos de swap y del contrato marco de operaciones financieras que completa la reglamentación de las operaciones financieras concertadas al amparo del mismo, es bastante más complicada que esa regla enunciada por el recurrente, y que dado que el demandante no era un experto en este tipo de productos y no se le dio la información adecuada, se le indujo a incurrir en un error esencial, excusable y que motivó la contratación de estos productos, por lo que procedió estimar la acción de nulidad.

4.- En definitiva, la sentencia recurrida no ha incurrido en ninguna infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y es acorde a la jurisprudencia, ya extensa, que sobre la nulidad del contrato de swap por vicios del consentimiento ha establecido esta Sala.

#### **SEXTO .- Costas y depósito.**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con 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.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por "Catalunya Banc, S.A. (sucesora universal de Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa)", contra la sentencia núm. 227/2012 de fecha diecisiete de mayo de dos mil doce, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, sección octava, en el recurso de apelación núm. 107(63)/12.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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 Secretario de la misma, certifico.