



Roj: **STS 546/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:546**

Id Cendoj: **28079110012017100095**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **2415/2013**

Nº de Resolución: **97/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L. y Proyectos Burgaleses S.L., representadas por el procurador D. Antonio Rodríguez Nadal, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Susana Santamaría Santamaría, contra la sentencia núm. 194/2013, de 28 de junio, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, en el recurso de apelación núm. 263/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 143/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Burgos. Ha sido parte recurrida Banco Sabadell S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de D. Santiago Herrera Castellanos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruíz, en nombre y representación de Proyectos Burgaleses S.L. y Fincas y Alquileres Siglo XXI, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Sabadell Atlántico S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Primero: Declare la nulidad de los documentos de confirmación de operación acompañados como documentos n.º 2 y 16, así como las liquidaciones efectuadas en virtud de los mismos.

»Segundo: Condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración, debiendo volver las partes a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la firma de referidos documentos de confirmación y, en su consecuencia, con devolución recíproca de beneficios obtenidos por las partes, y condenando a BANCO SABADELL a retrotraer cualquier cargo en cuenta que en virtud de las últimas liquidaciones realizadas, haya efectuado o pueda efectuar durante la tramitación del presente procedimiento.

»Tercero: Se condene al pago de las costas procesales a la parte demandada, no sólo por estimación de las pretensiones de esta parte, sino también por su manifiesta mala fe contractual».

2.- La demanda fue presentada el 16/02/2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Burgos, fue registrada con el núm. 143/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Elías Gutiérrez Benito, en representación de Banco de Sabadell S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día Sentencia que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todas las pretensiones contra ella dirigidas, con expresa imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Burgos dictó sentencia núm. 110/2012, de 11 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:



«FALLO: Debo de DESESTIMAR Y DESESTIMO, la demanda presentada por el Procurador Sr. Esteban Ruiz, en nombre y representación de las entidades mercantiles MPROYECTOS BURGALÉSES S.L. Y FINCAS Y ALQUILERES SIGLO XXI, contra la también mercantil BANCON SABADELL S.A., representada por el Procurador Sr. Gutiérrez Benito y en consecuencia debo absolver y absuelvo al expresado demandado, Banco Sabadell s.a., de las pretensiones contra el deducidas, sin hacer mención en cuanto a las costas causadas, debiendo de pagar cada parte sus costas y las comunes por mitad».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., y Proyectos Burgaleses S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos, que lo tramitó con el número de rollo 263/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 28 de junio de 2013, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación formulado por la parte actora PROYECTOS BURGALÉSES S.L., y FINCAS Y ALQUILERES SIGLO XXI,S.L., contra la Sentencia de fecha 11 de mayo de 2012 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Burgos, sin hacer imposición de las costas de esta segunda instancia.

Se declara perdido el depósito constituido para recurrir».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruiz, en representación de Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., y Proyectos Burgaleses S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1.3 ° y 477.3 de la LEC, se denuncia infracción de los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con los artículos 5.1, 5.5, 9.1 y 10.1 LCGC, y el artículo 48 de la Ley 26/1988 de 29 de julio y artículos 78 a 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores [...].

»Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1.3 ° y 477.3 de la LEC, se denuncia infracción del artículo 6.3 del Código Civil, en relación con la diligencia exigible a toda entidad bancaria en el ejercicio de su actividad empresarial y como experto en la materia y con la infracción de los artículos 78 a 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores.

»Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1.3 ° y 477.3 de la LEC, se denuncia la infracción de los artículos 1, 5.5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, e infracción de los artículos 10 y 10 bis y 80, 82 y 83 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre ».

2.- 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 y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades Fincas y Alquileres Siglo XXI, S.L. y Proyectos Burgaleses, S.L. contra la sentencia dictada, el día 28 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), en el rollo de apelación nº 263/2012, dimanante del juicio ordinario nº 143/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Burgos».

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

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1.- El 26 de abril de 2007, las compañías mercantiles Proyectos Burgaleses S.L. y Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L., con un mismo administrador, suscribieron con Banco de Sabadell S.A. sendos contratos de permuta financiera (denominados confirmaciones de operaciones financieras), con fecha de inicio 26 de abril de 2007



y vencimiento anual. En el caso de Proyectos Burgaleses, el nocional fue de 12.000.000 €, y en el de Fincas y Alquileres, 4.065.000 €. En el resto de condiciones, los contratos eran idénticos.

2.- Durante la vigencia de los contratos, se giraron liquidaciones positivas para Proyectos Burgaleses por importe de 6.869,03 € y 18.200 €, y una liquidación negativa de 341.068 €.

3.- Proyectos Burgaleses S.L. y Fincas y Alquileres Siglo XXI S.L. demandaron a Banco de Sabadell S.A. y solicitaron la nulidad por error vicio del consentimiento de los contratos indicados, con restitución recíproca de las cantidades abonadas.

4.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por las siguientes y resumidas razones: (i) Las demandantes son grandes empresas que ya habían suscrito este mismo producto con otra entidad financiera; (ii) La experiencia del administrador de ambas sociedades descarta la posibilidad de error; (iii) No resulta aplicable la legislación de consumidores.

5.- Recurrida en apelación por las demandantes la sentencia de primera instancia, el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Las demandantes tienen la cualificación de cliente profesional, conforme al art. 78 bis LMV; (ii) Los términos de la relación contractual estaban suficientemente claros en la documentación entregada a los clientes; (iii) Que la parte actora no se percatara de los riesgos en los contratos firmados anteriormente no supone que contratara con error; (iv) No hubo error, dada la naturaleza aleatoria de los contratos.

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de casación. Planteamiento.*

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 447.2.3º LEC y denuncia infracción de los arts. 1261 , 1265 y 1266 CC , en relación con los arts. 5.5 , 5.5 , 9.1 y 10.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , el art. 48 de la Ley 26/1998 y los arts. 78 y 79 LMV.

2.- Como quiera que la jurisprudencia constante de esta Sala ha establecido que el incumplimiento por la entidad de servicios de inversión de sus deberes legales de información hace presumir el error del cliente, se hará mención primeramente a tales deberes legales de información, para tratar a continuación su incidencia en la posible existencia de error en el consentimiento.

**TERCERO.-** *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- 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, como las permutas financieras. 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 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 de los clientes para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a sus perfiles inversores. 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 Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A.-, y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 ), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, básicamente contratos de financiación del objeto social del cliente, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. 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 de permuta financiera litigiosos, 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».

**CUARTO.-** *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 de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( 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 ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; y 595/2016, de 5 de octubre ).

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. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Al contrario, reconoce que no consta qué información se ofreció realmente, pero considera que tanto de la importancia empresarial de los clientes, como del propio texto de los documentos contractuales y del hecho de que los clientes aceptaron los abonos y cargos realizados durante la vigencia de los contratos, se deduce que los mismos deberían estar informados. Sin embargo, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado 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.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». 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 el Banco de Sabadell 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 y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

**4.-** La entidad recurrida 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.

**5.-** Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el primer motivo del recurso de casación y sin necesidad de examinar los otros dos motivos formulados, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de primera instancia, que se revoca, a fin de estimar la demanda.

**QUINTO.-** *Costas y depósitos.*

**1.-** La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandantes, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, conforme previene el art. 398.2 LEC .

**2.-** Como quiera que, a su vez, la estimación del recurso de apelación conlleva la estimación de la demanda, deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC .

**3.-** Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª LOPJ .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Proyectos Burgaleses S.L. y Fincas y Alquileres S.L. contra la sentencia núm. 194/2013, de 28 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, en el recurso de apelación núm. 263/2013 , que casamos y anulamos. **2.º-** Estimar el recurso de apelación interpuesto por Proyectos Burgaleses S.L. y Fincas y Alquileres S.L. contra la sentencia núm. 110/2012, de 11 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Burgos , en el juicio ordinario núm. 143/2011, que revocamos y dejamos sin efecto. **3.º-** Estimar la demanda formulada por Proyectos Burgaleses S.L. y Fincas y Alquileres S.L. contra Banco de Sabadell S.A. y declarar la nulidad de los contratos de swap celebrados entre las partes, con fecha 26 de abril de 2007, con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde las fechas de abono. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación. **5.º-** Condenar al Banco de Sabadell S.A. al pago de las costas de la primera instancia. **6.º-** Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para



los recursos de apelación y casación. 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