



Roj: **STS 644/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:644**

Id Cendoj: **28079110012017100114**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **542/2014**

Nº de Resolución: **122/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1685/2014,**  
**STS 644/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 23 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid. El recurso fue interpuesto por la entidad Sarton Canarias S.A., representada por el procurador José Ramón Rego Rodríguez. Es parte recurrida la entidad Barclays Bank S.A. (posteriormente absorbida por la entidad Caixabank S.A.), representada por la procuradora Adela Cano Cantero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO. Tramitación en primera instancia**

1. El procurador José Ramón Rego Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Sarton Canarias S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, contra las entidades Barclays Bank S.A. y Barclays Bank PLC, para que se dictase sentencia:

«con las siguientes declaraciones:

a) Que se declare nulo el contrato o confirmación de 24 de junio de 2008 que se adjunta como documento número 5 de los acompañados a la demanda, denominado "Confirmación de Swap de tipo de interés".

b) Que se declare nulo el contrato o confirmación de 21 de julio de 2008 que se adjunta como documento número 6 de los acompañados a la demanda, denominado "confirmación de collar de tipo de interés".

c) Que consecuencia de lo anterior, y en aplicación de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, se condene a la demandada Barclays Bank PLC, a restituir todas las prestaciones recibidas en aplicación de los dos anteriores contratos declarados nulos, y en concreto a devolver a mi mandante el importe total de las prestaciones abonadas hasta ese momento, y las que se abonen o liquiden a partir de ahora y hasta que se dicte sentencia, ascendiendo las prestaciones pagadas hasta el día de esta demanda a la cantidad de trescientos sesenta y cuatro mil trescientos veintinueve, con diez céntimos de euros (364.329,10 €).

d) Que igualmente se condene a la demandada Barclays Bank PLC a estar y pasar por dicha declaración de nulidad de ambos contratos y, en consecuencia, se abstenga a pasar nuevas liquidaciones en concepto de aplicación de los mismos.



e) Que se condene a la demandada Barclays Bank PLC al pago de los intereses legales desde la interposición de esta demanda devengados de la anterior cantidad; los que se determinarán en ejecución de la misma, al desconocerse a día de hoy la fecha de la misma.

f) Que se condene, finalmente, a las demandadas al pago de las costas, por su temeridad y mala fe manifiestas».

**2.** La procuradora Adela Cano Lantero, en representación de las entidades Barclays Bank S.A. y Barclays Bank PLC. contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«acuerde en su momento:

1. Solicitar la subsanación del defecto procesal consistente en la no identificación del letrado de la actora o declarar el sobreseimiento del procedimiento.

2. Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de Barclays Bank, S.A.

3. Finalmente, en cuanto al fondo, de subsanarse el defecto procesal al que se refiere el pedimento nº 1 anterior y, en su caso, de estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de Barclays S.A. prevista en el pedimento nº 2, desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Sarton Canarias S.A. contra Barclays Bank PLC, con expresa condena en costas.

4. Subsidiariamente, y en caso de no estimarse la falta de legitimación pasiva referida en el pedimento nº 2, desestimar íntegramente también la demanda interpuesta por Sarton Canarias S.A. contra Barclays Bank S.A.»

**3.** La representación de las entidades demandadas formuló reconvencción y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que:

1.- Declare la obligación de Sarton Canarias, S.A. al cumplimiento de los Contratos de Swap y Collar de Tipos de Interés suscritos con mi representada el 13 de junio y el 16 de julio de 2008, respectivamente, y confirmados el 24 de junio y el 21 de julio del mismo año.

2.- Condene a Sarton Canarias, S.A. al cumplimiento de los citados Contratos de Swap y Collar de Tipos de Interés suscritos con mi representada y, por tanto, a abonar a Barclays Bank, P.L.C. la cantidad de quinientos cincuenta y siete mil setecientos cincuenta y seis euros con dos céntimos de euro (557.756,02).

3.- Condene a Sarton Canarias S.A. a abonar a mi mandante los intereses que se devenguen de las citadas cantidades.

Todo ello con expresa imposición de las costas a Sarton Canarias, S.A.»

**4.** El procurador José Ramón Rego Rodríguez, en representación de la entidad Sarton Canarias S.A., contestó a la demanda reconvenccional y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime la reconvencción, estimando la demanda en los términos contenidos en la misma, con expresa imposición de costas a los actores.»

**5.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que, debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Sarton Canarias SA representado por el procurador de los tribunales don José Ramón Rego Rodríguez contra Barclays Bank SA y Barclays Bank PLC representados por la procuradora de los tribunales doña Adela Cano Lantero sin que proceda efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas.

»Asimismo, estimando la reconvencción planteada por Barclays Bank PLC contra Sarton Canarias SA, condeno a esta última a satisfacer la cantidad de 557.756,02 euros más intereses legales desde la fecha de la reconvencción y pago de las costas procesales derivadas de dicha reconvencción».

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

**1.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Sarton Canarias S.A.

**2.** La resolución de este recurso correspondió a la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia 9 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Rego Rodríguez en nombre y representación de Sarton Canarias SA contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2012 dictada



por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid en el Juicio Ordinario nº 2252/10, debemos confirmar y confirmamos la misma, haciendo expresa imposición de las costas producidas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido».

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

1. El procurador José Ramón Rego Rodríguez, en representación de la entidad Sarton Canarias S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por no aplicación del artículo 120.3 de la Constitución, en relación a su artículo 24, al existir una evidente falta de motivación en la sentencia recurrida, produciéndose indefensión y falta de tutela judicial efectiva.

2º) Infracción por incorrecta aplicación, el artículo 217, apartados 1º, 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil referida a la carga de la prueba.

3º) Infracción por no aplicación, los artículos 1261, 1265, 1266 y 1300, todos ellos del Código Civil».

2. Por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2014, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Sarton Canarias S.A., representada por el procurador José Ramón Rego Rodríguez; y como parte recurrida la entidad Barclays Bank S.A. (posteriormente absorbida por la entidad Caixabank S.A.), representada por la procuradora Adela Cano Cantero.

4. Esta sala 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 Sarton Canarias, S.A. contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 555/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 2252/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Madrid».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Barclays Bank S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En el año 2008, Sarton Canarias, S.A. (en adelante, Sarton) llevaba la comercialización de IKEA en Canarias y Baleares. En marzo de ese año 2008, entró en contacto con Barclays Bank para obtener financiación para su expansión comercial en República Dominicana, mediante la apertura de un establecimiento en aquel país. Desde entonces, marzo de 2008, hasta junio de 2008, hubo intercambio de comunicaciones y conversaciones sobre distintas propuestas de financiación. Finalmente, las partes convinieron el 13 de junio de 2008, una póliza de crédito de 7.718.000\$, en el que el interés era el Euribor/Libor con un diferencial del 0,55; y el 16 de julio de 2008, un préstamo hipotecario de 10.000.000€, en el que el interés era el Euribor más un diferencial del 0,60.

De acuerdo con lo pactado, las partes convinieron dos contratos de permuta financiera vinculados a esas dos operaciones de crédito: una «confirmación de Swap de tipos de interés» de 24 de junio de 2008, asociada al crédito de 7.718.000\$, y una «confirmación de Collar de tipo de interés» de 21 de julio de 2008, asociado al préstamo de 10.000.000€.

La firma de la financiación y de la cobertura de tipos de interés asociada a dicha financiación estuvieron precedidas de una intensa negociación, en la que empleados del banco, apoyados en una presentación, explicaron «con meridiana claridad la naturaleza de los mismos -los productos financieros concertados para la cobertura de los tipos de interés- y las obligaciones que se derivaban para las partes».



2. Sarton interpuso una demanda en la que pidió la nulidad de los contratos de «confirmación de Swap de tipo de interés» de 24 de junio de 2008 y de «confirmación de Collar de tipo de interés» de 21 de julio de 2008, por error vicio en el consentimiento, derivado del incumplimiento de los deberes de información que pesaban sobre la entidad financiera demandada. Además de la declaración de nulidad, la demanda pedía la condena de Barclays a restituir la suma de 364.329,10€, por las liquidaciones negativas cargadas.

Barclays, se opuso a la demanda, y formuló reconvencción, en la que reclamaba la condena de la demandante a pagar la cantidad de 557.756,02€, a que ascendía la suma de las liquidaciones pendientes de pago del swap y del collar, más el coste de cancelación de ambos productos.

3. La sentencia de primera instancia, después de analizar la prueba, concluyó que la contratación de ambos productos financieros había venido precedida de una negociación de varias semanas, en la que el banco había explicado las características y consecuencias de ambos productos financieros, y por lo tanto había cumplido con los deberes de información que impone la normativa MiFID, sin que hubiera habido error vicio en su contratación.

El juzgado, desestimó la demanda y estimó la reconvencción y condenó a la demandante al pago de la cantidad reclamada por las liquidaciones negativas practicadas y el coste de la cancelación de ambos productos (557.756,02€).

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Sarton. La Audiencia desestima el recurso y confirma la apreciación contenida en la sentencia apelada de que las confirmaciones de swap y de collar habían venido precedidas de una fase de negociación, en la que la demandante había sido informada de ambos productos y sus consecuencias. En concreto, la Audiencia razona en este sentido:

«La alegación que se formula en último lugar de falta de acreditación de suministrar la información pertinente a la parte ahora recurrente, entra en franca contradicción con la valoración probatoria llevada a cabo por el Juez de instancia, que analiza pormenorizadamente las pruebas practicadas y llega a la conclusión de que si existieron negociaciones previas y una información clara y precisa sobre los contratos que se iban a celebrar, siendo en todo caso obligación del ahora recurrente el comprobar la certeza de dicha información y la lectura detenida y concreta de los contratos que se suscribían, hubiera llevado a la parte contratante a la conclusión de que era lo que realmente estaba contratando y cuáles eran las consecuencias económico-financieras de dicha contratación, por lo que y en consecuencia debe mantenerse por su propia fundamentación jurídica la sentencia recurrida».

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante formula recurso de casación, que se articula en tres motivos.

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

1. *For mulación de los motivos primero y segundo.* El motivo primero se formula al amparo del art. 477.1 LEC, y se basa en la «infracción, por inaplicación, del art. 120.3 de la Constitución, en relación a su artículo 24, al existir una evidente falta de motivación en la sentencia recurrida, produciéndose indefensión y falta de tutela judicial efectiva».

El motivo segundo se formula al amparo del art. 477.1 LEC, y se basa en «la infracción, por incorrecta aplicación, del art. 217 LEC, apartados 1º, 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil referida a la carga de la prueba».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* Los dos motivos denuncian la infracción de normas procesales, lo que está excluido del recurso de casación. Este recurso, según el art 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma sustantiva, jurisprudencia o principio general del derecho aplicable para la resolución del caso, lo que además debe fijarse con precisión en el encabezamiento de los motivos.

En nuestro caso la formulación de los dos primeros motivos de casación se refiere a cuestiones procesales, la falta de motivación de la sentencia y la infracción de las reglas de la carga de la prueba, que hubieran podido ser objeto de revisión con ocasión de un recurso extraordinario por infracción procesal, pero no de casación.

3. *Formulación del motivo tercero.* El motivo se ampara en el art. 477.1 LEC, y denuncia la infracción, por no aplicación, de los arts. 1261, 1265, 1266 y 1330 del Código Civil.

En el desarrollo del motivo se expone que la defectuosa e insuficiente información prestada por el banco a la demandante sobre los productos financieros contratados, «conlleva ineludiblemente el error en el consentimiento determinante de nulidad contractual en que se basa la demanda, siendo consecuentemente



nulos los referidos contratos objeto de Litis; habiéndose así vulnerado los referidos preceptos y demás concordantes que sirven de fundamento al presente motivo de casación».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**4. Desestimación del motivo tercero.** El motivo se basa en la infracción de los deberes de información que pesaban sobre la entidad comercializadora de productos de inversión complejos.

La acción de nulidad se refiere a dos contratos de productos financieros complejos, un swap y un collar de tipo de interés, firmados respectivamente el 24 de junio de 2008 y el 21 de julio de 2008, después de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, al introducir el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, 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, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre].

**5.** En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» ( sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, la entidad financiera demandada (Barclays) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Sarton) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia, que ratifica la valoración de la prueba realizada por la sentencia de primera instancia, concluye que en este caso la información suministrada antes de la firma de ambos contratos cumplía con estas exigencias. Para llegar a esta conclusión tiene en cuenta la prueba testifical y la documental aportada, que incluía las presentaciones y los e-mail cruzados entre las partes, que pusieron de relieve que habían celebrado diferentes reuniones entre la demandante y los empleados del banco, en las que se explicó el funcionamiento del producto y sus riesgos.

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados:

«es un hecho indudable que -la demandante- recibió información de los productos tanto verbalmente, a través de doña María Luisa , como por escrito a través de las presentaciones que se adjuntan a la contestación. Y esto, no sólo se deduce del testimonio de la empleada del Barclays, ni de la insistencia de ésta mostrada a través de los correos electrónicos que enviaba al legal representante de Sarton Canarias, sino que resulta del correo remitido el día 13 de junio de 2008 (...) en el que se informa al cliente de una alteración de uno de los datos que consta en las presentaciones (...)».

A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan el error vicio, razón por la cual se desestima el motivo tercero de casación.

#### **TERCERO. Costas**

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con este recurso ( art. 398.1 LEC).



## FALLO

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

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Sarton Canarias, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18ª) de 9 de enero de 2014 (rollo núm. 555/2013), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid de 10 de diciembre de 2012 (juicio ordinario 2252/2010). **2.º** Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ