



Roj: **STS 724/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:724**

Id Cendoj: **28079110012017100139**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **1074/2014**

Nº de Resolución: **133/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 4114/2014,**
STS 724/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Etiqueta Italiana S.L. y Di Esse Fashion S.L., representadas por el procurador D. Manuel Infante Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Carlos Purón Picatoste, contra la sentencia núm. 38/2014, de 31 de enero, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 687/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1734/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Catalunya Banc S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Ignasi Fernández de Senespleda.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José M. Puig Abós, en nombre y representación de Etiqueta Italiana S.L. y Di Esse Fashion S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D' Estalvis de Catalunya (Caixa Catalunya) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«- Se declare nulo el contrato SWAP celebrado el 8/3/2007 entre Etiqueta Italiana S.L. y CAIXA CATALUNYA y en consecuencia también las liquidaciones cobradas y las que se encuentren pendientes de cobro.

»- Se declare nulo el contrato SWAP celebrado el 8/3/2007 entre Di Esse Fashion S.L. y CAIXA CATALUNYA y en consecuencia también las liquidaciones cobradas y las que se encuentren pendientes de cobro.

»- Se declare nulo el contrato Collar Creciente con barreras y Compensación celebrado el 7/3/2008 entre Etiqueta Italiana S.L. y CAIXA CATALUNYA y en consecuencia también las liquidaciones cobradas y las que se encuentren pendientes de cobro.

»- Se declare nulo el contrato Collar Creciente con barreras y Compensación celebrado el 7/3/2008 entre Di Esse Fashion S.L. y CAIXA CATALUNYA y en consecuencia también las liquidaciones cobradas y las que se encuentren pendientes de cobro.

»-Se condene a Caixa Catalunya a devolver a Etiqueta Italiana S.L. la cantidad de 52.563,83 ? más sus intereses legales.

»- Se condene a Caixa Catalunya a devolver a Di Esse Fashion S.L. la cantidad de 23.463,78 ? más sus intereses legales.

»- Y se le condene al pago de las costas judiciales».

2.- La demanda fue presentada el 2 de diciembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Barcelona, fue registrada con el núm. 1734/2010 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Antonio M^a De Anzizu Furest, en representación de Caixa D' Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, sucesora por fusión de Caixa D' Estalvis de Catalunya, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con imposición de las costas a las demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Barcelona dictó sentencia de fecha 27 de febrero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por ETIQUETA ITALIANA S.L. y DI ESSE FASHION S.L. contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, debo de declarar y declaro la nulidad de los contratos Marco de Operaciones Financieras de fechas 08 de marzo de 2007 suscrito por las demandantes, la confirmación de Swap y órdenes en firme de contratación suscritas por las demandantes en dichas fechas, la confirmación de collar creciente con barreras y compensación y órdenes en firme de contratación suscritas por ETIQUETA FASHION S.L. y FASHION S.L. en fechas, respectivamente 7 de marzo de 2008 y 4 de abril del mismo año, y, consecuentemente, la nulidad de las liquidaciones practicadas en base a dichas contrataciones, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración de nulidad y a reintegrar a la actora las cantidades cobradas como consecuencia de la suscripción de dichos contratos -previa deducción de las liquidaciones positivas habidas en favor de la demandante-, con expresa condena en costas a la demandada».

5.- Por auto de 29 de junio de 2012 se rectificó un error material del fallo de la anterior sentencia, en el sentido que donde dice: «[...]contratación suscritas por ETIQUETA FASHION S.L. y FASHION S.L.» debe decir «ETIQUETA ITALIANA S.L. y DI ESSE FASHION S.L.».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Catalunya Banc S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 687/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia núm. 38/2014, de 31 de enero , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, CATALUNYA BANC, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Barcelona en los autos de Juicio Ordinario nº 1734/10 de fecha 27 de febrero de 2012, aclarada por auto de 29 de junio de 2012, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y en su lugar, desestimando la demanda deducida por las mercantiles ETIQUETA ITALIANA, S.L. y DI ESSE FASHION, S.L., contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, CATALUNYA BANC, S.A., absolvemos a la entidad demanda de todas las pretensiones frente a ella deducidas, sin hacer especial imposición de las costas ocasionadas en ambas instancias».

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

1.- El procurador D. José Manuel Puig Abós, en representación de Etiqueta Italiana S.L. y Di Esse Fashion S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del caso 3º del art. 477.2 de la LEC , interés casacional, en relación con los artículos 1.258 , 1.265 y 1.266 CC .

»Segundo.- Al amparo del caso 3º del art. 477.2 LEC , interés casacional, en relación con los arts. 1 , 4.1 y 5.1 , 5.3 , 5.4 , y 5.7 del Anexo del RD 629/1993 y del art. 79 bis de la Ley 47/2007 ».

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 en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las mercantiles Etiqueta Italiana, S.L. y Di Esse Fashion, S.L. contra la sentencia dictada en fecha 31 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 687/2012 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1734/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Barcelona».



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 15 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 8 de marzo de 2007, las entidades Etiqueta Italiana S.L. y Di Esse Fashion S.L. celebraron con Caixa d'Estalvis de Catalunya (actualmente, Catalunya Banc S.A.) sendos contratos de swap. Asimismo, el 7 de marzo de 2008, las mismas partes volvieron a celebrar otros dos contratos, denominados «collar creciente con barreras y compensación».

2.- Etiqueta Italiana S.L. y Di Esse Fashion S.L. interpusieron demanda contra Caixa Catalunya, en la que solicitaron la nulidad, por error vicio del consentimiento, de los mencionados contratos.

3.- La sentencia de primera instancia consideró que por parte de la entidad financiera se había infringido la regulación legal anterior y posterior a la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, en cuanto a los deberes de información al cliente y que ello incidió en que la prestación del consentimiento por parte del cliente estuviera viciada por error. Por lo que estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos litigiosos, ordenando la restitución de las prestaciones.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad financiera demandada, fue estimado por la Audiencia Provincial, por considerar que se ofreció información suficiente a los clientes y que el error, de existir, sería inexcusable. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación de los motivos. Resolución conjunta.*

1.- El primer motivo de casación denuncia infracción de los arts. 1258 , 1265 y 1266 CC y contravención de la jurisprudencia de esta Sala recogida en las sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , 626/2013, de 29 de octubre , y 840/2013, de 20 de enero de 2014 , sobre los requisitos del error vicio invencible y excusable.

En el motivo segundo se denuncia la infracción de los arts. 1 , 4.1 , 5.1 , 5.3 , 5.4 y 5.7 del Anexo del Real Decreto 629/1993 y del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), en cuanto a las obligaciones de información de las entidades de servicios de inversión.

2.- En la medida que, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala, el incumplimiento de los deberes legales de información hace presumir el error en el consentimiento, se resolverán conjuntamente ambos motivos.

TERCERO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- Las pretensiones formuladas en la demanda y sostenidas en este recurso de casación se refieren a la nulidad de contratos de swap celebrados antes y después de la entrada en vigor de 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, que tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE (normativa MiFID).

Tras la reforma legal de 2007, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.



2.- No obstante, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV 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), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero, entre otras muchas). Pero dicha obligación ya existía con anterioridad a la reforma, tanto en la Ley del Mercado de Valores (arts. 78 y 79) como en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

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; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre).

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 las respectivas fechas 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 presume que como los clientes tuvieron tiempo de leer los contratos, estuvieron en condiciones de comprender su funcionamiento y cerciorarse de los riesgos. No tiene en cuenta el perfil minorista de los clientes, ni el nivel de la exigencia legal de información que ello conllevaba.

En todo caso, lo más significativo es que no se da como probado que los clientes fueran debidamente informados y advertidos, expresa y suficientemente, con la antelación necesaria, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas abruptas y continuadas del euríbor.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. 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 núm. 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 -activa y no de mera disponibilidad- 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.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del



banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor 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». No se trata de que la entidad financiera 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 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.- Como consecuencia de todo lo expuesto, en aplicación de la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe casarse la sentencia recurrida, y al asumir la instancia, desestimarse el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

QUINTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, como determina el art. 398.2 LEC .

2.- A su vez, por la desestimación del recurso de apelación, deben imponerse a Catalunya Banc S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC .

3.- Proceda acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, 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 Etiqueta Italiana S.L. y Di Esse Fashion S.L., contra la sentencia núm. 38/2014, de 31 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, en el recurso de apelación núm. 687/2012 . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. contra la sentencia de 27 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Barcelona , en el juicio ordinario núm. 1734/2010, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a Catalunya Banc S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** 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.

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

Así se acuerda y firma.