



Roj: **STS 730/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:730**

Id Cendoj: **28079110012017100145**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2017**

Nº de Recurso: **566/2014**

Nº de Resolución: **149/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1721/2014,**
STS 730/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 2 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la demandante Sociedad Promotora de Alquileres de Coslada S.L., representada por la procuradora D.ª María del Mar de Villa Molina y bajo la dirección letrada de D. Carlos Arjona Pérez, contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2014 por la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 424/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1090/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 68 de Madrid, sobre nulidad de contratos de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Caixabank S.A. (sucesora procesal de Barclays Bank S.A.), representada por la procuradora D.ª Adela Cano Lantero bajo y la dirección letrada de D. Manuel Martínez González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de julio de 2011 se presentó demanda interpuesta por Sociedad Promotora de Alquileres de Coslada S.L. contra Barclays Bank S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1.- Se declare:

A) Se declare la nulidad tanto del "Contrato de Confirmación de Collar de Tipos de Interés" de fecha 23 de noviembre de 2006 como del "Contrato Marco de Operaciones Financieras", con sus consecuencias y efectos restitutorios.

B) *Subsidiariamente*, se declare su anulabilidad, igualmente con sus consecuencias y efectos restitutorios.

C) *Subsidiariamente*, caso de no determinarse ni la nulidad, ni la anulabilidad de los contratos, interesamos que se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, que se tendrán por no puestas conforme a Ley, en especial las relativas a la determinación de la cuantía del contrato, su sistema de liquidación y los costes, así como posibles fórmulas para la cancelación del producto e interesamos además se declare la resolución de los contratos sin coste alguno para la parte actora, declarándose además que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben con respecto a la parte actora referidas en los "Fundamentos de Derecho" de la demanda, anulando los cargos ya vencidos y pendientes de abonar, con la obligación de la demandada de indemnizar a la mercantil actora por los daños y perjuicios que les han sido irrogados en la cuantía correspondiente a los cargos que les han sido efectuados indebidamente desde la fecha de contratación o subsidiariamente desde la fecha que determine el Juzgador, hasta el dictado de la sentencia, y



a calcular en ejecución de la misma, acordes al contrato respectivo, y en todo caso, con los intereses legales que correspondieren desde que hubieren resultado hechos los citados cargos.

D) *Como petición subsidiaria de todas las anteriores*, interesamos que estimando la acción de enriquecimiento injusto declare que BARCLAYS ha incurrido en abuso de Derecho o en un ejercicio antisocial del mismo y obtenido un enriquecimiento injusto, declarando la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, para lo cual deberá proceder a cancelar sin coste para la mercantil perjudicada por el hecho dañoso los contratos objeto de autos, así como a anular los cargos ya vencidos y pendientes de abonar y los que vayan venciendo desde la fecha de formalización de la presente demanda hasta la fecha de vencimiento de cada contrato, abonando a la actora las cuantías que hayan hecho efectivas en cumplimiento de los mismos, descontados los abonos que éstos hayan podido recibir, más el interés legal desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de Sentencia, devengando a partir de ese momento el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, importes que serán concretados en ejecución de Sentencia.

»2.- Y que, en consecuencia de todo ello, se condene a la demandada a:

A) Que se proceda a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos de los productos desde el día de la formalización, devolviendo la actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de Sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda.

B) Que subsidiariamente, se permita a la mercantil actora la resolución de los contratos sin coste alguno, anulando los cargos ya vencidos y pendientes de abonar, con la obligación de la demandada de indemnizar a dicha actora por los daños y perjuicios que le han sido irrogados en la cuantía correspondiente a los cargos que le han sido efectuados indebidamente, hasta el dictado de la sentencia, desde el inicio o subsidiariamente desde aquella fecha que determine el Juzgador, con las consecuencias inherentes a dicha cancelación en cuanto a las cantidades a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos del producto desde el día que se decrete su cancelación, devolviendo a la parte actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de Sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda.

»3.- En cualquier caso, interesamos se condene a la demandada al abono de las COSTAS del procedimiento».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 68 de Madrid, dando lugar a las actuaciones n.º 1090/2011 de juicio ordinario, por diligencia de ordenación de 14 de julio de 2011 se acordó, con carácter previo y al amparo del art. 86 ter, 2 d) LOPJ, oír al Ministerio Fiscal y a la parte demandante sobre la posible falta de competencia objetiva del citado juzgado para conocer del asunto.

La entidad demandante alegó que la acción principal era la de nulidad contractual, sin que se ejercitase ninguna acción de cesación por abusiva de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) a la que hace referencia el art. 86 ter LOPJ, por lo que consideró acumulable a la acción principal la petición subsidiaria de declaración de la existencia de cláusulas oscuras y abusivas.

El Ministerio Fiscal informó sobre la existencia de una indebida acumulación de acciones, pues el juzgado carecería de competencia objetiva para hacer la declaración solicitada con carácter subsidiario en el punto «1 C)» de las peticiones de la demanda al ser competencia de los juzgados de lo mercantil, siendo el resto de pronunciamientos competencia de los juzgados de primera instancia.

Por diligencia de ordenación de 15 de septiembre de 2011 el juzgado apreció como indebidamente acumulada la pretensión subsidiaria contenida en el apartado C) del punto 1 de las peticiones de la demanda, y requirió a la parte demandante para que subsanara dicho defecto así como para que fijase el importe de la condena solicitada y concretara la cuantía del procedimiento.

La demandante contestó al requerimiento manifestando que desistía de la referida pretensión subsidiaria. A continuación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 219 LEC, fijó como bases que permitirían cuantificar la reclamación «[!] las cantidades pagadas a Barclays» y «[!] las cantidades recibidas de Barclays», y fijó la cuantía del asunto como indeterminada.

Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, esta contestó y se opuso a la demanda solicitando su íntegra desestimación con condena en costas a la demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 17 de octubre de 2012 con el siguiente fallo:



«Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el procurador don Jorge Luis de Miguel López, en nombre y representación de SOCIEDAD PROMOTORA DE ALQUILERES COSLADA, S.L., contra BARCLAYS BANK, S.A. y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés, con suelo y techo parcial suscrito el día 23 de noviembre de 2006, debiendo en consecuencia restituirse recíprocamente las cantidades respectivamente percibidas, todo ello con imposición de costas».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada Barclays Bank S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 424/2013 de la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 17 de enero de 2014 con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación formulado por BARCLAYS BANK SA contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 2012, dictada por el juzgado de primera instancia número 68 de Madrid en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimamos la demanda en su día interpuesta por la entidad SOCIEDAD PROMOTORA DE ALQUILERES DE COSLADA SL contra dicha parte apelante, declarando no haber lugar a la misma, sin expresa imposición de las costas procesales causadas en el litigio».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la sociedad demandante-apelada interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2-3.º LEC, por interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y fundado en un solo motivo con el siguiente encabezamiento:

«ÚNICO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.3 y 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se recurre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, particularmente los artículos 1.261 a 1.265 del Código Civil y concordantes, en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, el 48.2 de la ley 26/1988 de 29 de Julio, de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, el 79 de la Ley 24/1988, de 29 de Julio, del Mercado de Valores y concordantes del RD 217/2008, y ello con base a la existencia de JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA de las Audiencias Provinciales, tal y como se expone detalladamente en los motivos de casación y como incluso se reconoce en la propia Sentencia de Apelación a los efectos de la no imposición de costas a ninguna de las partes, lo cual justifica tanto en unas serias dudas de hecho y de derecho y en la controversia jurisprudencial existente sobre la materia, incluida la propia doctrina del Tribunal Supremo».

El motivo se desarrollaba en tres apartados del tenor literal siguiente:

«1.- Sobre la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación con la infracción de los artículos 1.261 y 1.265 del Código Civil en relación con los artículos 5 y Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores y concordantes del RD 217/2008, con un evidente error en la interpretación de la reiteradamente mentada en la resolución recurrida, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 2012, que por otras Audiencias ha sido interpretada en sentido diferente, así como de la Sentencia de 15 de Noviembre de 2012 ».

«2.- Sobre la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación con la carga de la prueba respecto al asesoramiento recibido y sobre el perfil del cliente, en relación con la aplicación de los artículos 1.261 a 1.265 del Código Civil y la normativa específica del sector financiero y el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

«3.- Sobre la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación al nivel de protección para las "sociedades mercantiles de dimensión reducida" como la demandante y su condición de "cliente bancario", su carácter de "cliente minorista", en relación todo ello con la normativa específica del sector financiero aplicable y sobre el deber de diligencia del administrador de este tipo de sociedades mercantiles y la importancia o no de su perfil y nivel de formación en cuanto a cuestiones como la excusabilidad del error».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento (la Sra. de Villa Molina en sustitución de su compañero D. Jorge Luis de Miguel López), por la parte recurrida se personó la entidad Caixabank S.A. (a la que por decreto de 28 de julio de 2015 se había declarado sucesora procesal de Barclays Bank S.A.). El recurso fue admitido por auto de 20 de julio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la inadmisión o, en su caso, la desestimación del recurso, con imposición de costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 1 de febrero del corriente año 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 siguiente día 15, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error vicio del consentimiento, de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (*swap*) celebrado con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 8 de julio de 2011 la Sociedad Promotora de Alquileres de Coslada S.L. (en adelante SPAC) demandó a Barclays Bank S.A. (hoy CaixaBank S.A.) solicitando la nulidad por error vicio del consentimiento tanto del «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (en adelante CMOF) como del «Contrato de Confirmación de Collar de Tipos de Interés», de 23 de noviembre de 2006, con sus efectos restitutorios, incluyendo los intereses. Con carácter subsidiario formuló acción de anulabilidad, con idénticos efectos, acción de nulidad de determinadas cláusulas por oscuras y abusivas y, como subsidiaria de todas las precedentes, acción de enriquecimiento injusto, por abuso de derecho o por ejercicio antisocial del mismo.

Para justificar el error vicio del consentimiento alegaba, en síntesis, que la demandante era una sociedad cuyo objeto social era la explotación de inmuebles en alquiler, que su administrador único, D. Eulogio , arquitecto de profesión, no tenía ningún conocimiento en temas financieros, que el contrato litigioso fue suscrito en 2006 tras cancelarse el previamente suscrito con la misma entidad en 2005, que para contratar dichos productos no se hizo entrega de ningún folleto explicativo ni se ofreció por parte del banco demandado la menor información sobre sus características y riesgos, ni sobre el coste de cancelación, limitándose toda la información a una llamada telefónica del responsable de su comercialización en la que se indicó que se trataba de un seguro gratuito muy adecuado para la entidad demandante, cuando en realidad, por su perfil minorista, no le convenía un producto de tan elevado riesgo, que tampoco se le entregó ni firmó el CMOF, al que ambos contratos de confirmación hacían referencia, que el producto ofertado y contratado en 2006 fue el denominado «Collar de tipos de interés», que dicho producto le había provocado fuertes pérdidas, y, por último, que no fue sino hasta la fecha en que intentó su cancelación (enero de 2009) cuando por parte de la entidad bancaria se le informó de su elevado coste (52.122,71 euros, que se debían sumar a las cantidades adeudadas por liquidaciones negativas, 38.701,69 euros a fecha 8 de abril de 2011).

2.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda (tanto a la pretensión principal como a las subsidiarias) alegando, en síntesis, que la parte demandante había sido informada de la realidad del contrato, de los riesgos que conllevaba y de su verdadero objeto, por lo cual el consentimiento no estuvo viciado por el error.

3.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad del *swap* suscrito el 23 de noviembre de 2006 , con sus efectos restitutorios, por la existencia de error vicio en el consentimiento, resultante de una falta de información precisa, concreta y adecuada por parte de la entidad bancaria. En especial, apreció déficit informativo en la contratación del *swap* porque no se había podido conocer el alcance de la información precontractual (el fallecimiento del comercial del banco impidió conocer el contenido de las «supuestas» conversaciones previas, y el proceso de contratación culminó con la «aceptación telefónica» del producto) y porque la propia redacción del contrato (contrato-tipo impuesto a la demandante por parte del banco) era muy defectuosa («todo menos claro y sencillo»), y ocultaba al cliente («no experto o habitual en operaciones de esta índole») la necesaria información sobre sus características, riesgos y alcance de las obligaciones asumidas. En particular, reprochó al banco que se hubiera limitado a «ilustrar sobre lo obvio» (esto es, que en función de la evolución del tipo de interés variable referencial el resultado podía ser positivo o negativo) sin informar de cuál era el verdadero riesgo de la operación en función de la «previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial», y que tampoco informase al cliente de cuál era el coste económico de la cancelación anticipada o voluntaria.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la sentencia de segunda instancia, estimándolo, revocó la sentencia apelada y desestimó íntegramente la demanda. Sus razones son, en lo que ahora interesa, las siguientes: (i) pese a la «enrevesada» terminología empleada en su redacción, el contrato no dejaba dudas sobre su naturaleza, pues no se trataba de un seguro sino de un contrato de permuta financiera o *swap* , «de alto y evidente nivel o carácter especulativo», con tintes de aleatoriedad, y cuya suscripción implicaba la asunción de los riesgos propios de esa clase de productos; (ii) del examen de la prueba practicada no se desprende el déficit informativo apreciado por la sentencia apelada, sino la existencia de «una serie de circunstancias contradictorias» que conducían a excluir el error vicio; (iii) en primer lugar, se advierte que se trató de una operación realizada por una empresa dentro del desenvolvimiento de su actividad, lo que impedía aplicar la protección que se dispensa a los consumidores; (iv) en segundo lugar, que la operación fue realizada a través de su administrador, quien, si no tenía formación, pudo «acudir al asesoramiento especial que hubiera considerado necesario» antes de firmar; (v) en tercer lugar, se advierte que la suscripción de otros productos



con anterioridad (uno en 2005 con la misma entidad bancaria demandada y otros con entidades diferentes) permite deducir que el administrador tenía conocimiento suficiente del producto que contrataba y sus riesgos inherentes; (vi) en cuarto lugar, que la propia naturaleza especulativa y aleatoria del producto impide reprochar al banco la falta de información sobre la concreta evolución futura de los tipos de interés, sobre todo cuando su evolución se debió a la crisis económica mundial; (vii) en quinto lugar, que esa naturaleza contractual también impide reprochar la falta de información sobre los concretos costes de cancelación anticipada, pues no se podían conocer ni, por tanto, fijarse *a priori*.

5.- La entidad demandante-apelada ha interpuesto contra la sentencia de segunda instancia recurso de casación por interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

SEGUNDO.- Son hechos probados los siguientes:

1.º- La demandante SPAC es una sociedad dedicada al alquiler de locales mediante la cual su administrador y socio único, D. Eulogio, canaliza parte de su actividad profesional como arquitecto.

2.º- El 23 de noviembre de 2006 dicha sociedad suscribió con Barclays Bank S.A. (actualmente Caixabank S.A., parte recurrida) un contrato denominado «Confirmación de Collar de Tipos de Interés», con un nominal de 1.509.989,78 euros, inicio el 15 de noviembre de 2006 y vencimiento el 15 de marzo de 2015, estableciéndose un techo o «cap» del 5,35% y un suelo o «floor» del 3,85% (doc. 3 de la demanda).

Dicho contrato se suscribió previa cancelación de mutuo acuerdo y sin coste de otro anterior suscrito por las mismas partes el 14 de febrero de 2005, por un importe algo menor (docs. 1 y 2 de la demanda). El *swap* litigioso se enmarcaba en un CMOF, según la sentencia de primera instancia, «desconocido, no aportado, cuyo texto concreto y alcance obligacional se desconoce, y que no fue signado por ninguna de las partes». En todos los casos intervino en representación de la sociedad demandante su administrador único, Sr. Eulogio.

3.º- En la documentación firmada por las partes (particularmente el documento de confirmación) no aparece información específica sobre el riesgo de que pudiera haber liquidaciones negativas ni sobre la onerosidad que podían llegar a representar para el cliente, ni información escrita específica sobre el funcionamiento del producto y sus concretos riesgos, no existiendo prueba de que estos hubieran sido explicados con carácter previo a la firma del contrato. Tampoco consta información escrita en el contrato, ni previa al mismo, respecto del coste de cancelación anticipada.

4.º- A partir del 16 de marzo de 2009 el contrato empezó a generar liquidaciones periódicas negativas para SPAC, que fueron reclamadas por el banco.

5.º- Mediante escrito de 7 de abril de 2011 el banco participó a SPAC que había incurrido en causa de vencimiento anticipado del contrato, que sería efectiva al día siguiente. En el mismo escrito se comunicaba lo siguiente:

«De conformidad con lo dispuesto en la Estipulación Decimonovena del CMOF, Barclays va a practicar los cálculos para determinar la Cantidad a Pagar, que les será notificada en los términos estipulados en el CMOF».

6.º- Mediante escrito de 11 de abril de 2011 el banco fijó el coste de cancelación anticipada en la cantidad de 52.122,71 euros, y reclamó además la de 38.701,69 euros en concepto de cantidades adeudadas.

TERCERO.- El recurso se compone de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 1261 a 1265 CC en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (en adelante RD 629/1993), el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante Ley 26/1988), el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) y 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (en adelante, RD 217/2008).

El motivo se desarrolla en tres apartados:

El apartado primero justifica a la existencia de interés casacional por la distinta interpretación que las Audiencias Provinciales vienen haciendo de la doctrina fijada por esta sala en sentencias de 21 de noviembre de 2012 y 15 de noviembre de 2012, entendiéndose la parte recurrente que en ellas no se fija doctrina general y que la apreciación o no de error vicio depende del caso concreto. Para justificarlo cita como opuestas a la recurrida las siguientes sentencias: SAP Asturias de 11 de enero de 2013, SAP Baleares de 9 de enero de 2013, SAP Pontevedra de 11 de enero de 2013, SAP Murcia de 21 de noviembre de 2012, SAP Cantabria de



25 de octubre de 2012 , SAP Salamanca de 24 de julio de 2012 , SAP Cádiz de 6 de junio de 2012 , SAP Orense de 1 de diciembre de 2011 y SAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de abril de 2012 .

El apartado segundo alude a la existencia de interés casacional por cuanto las Audiencias Provinciales vienen siguiendo criterios distintos respecto de la carga de la prueba sobre el asesoramiento recibido y sobre el perfil del cliente. Cita como opuestas a la sentencia recurrida las SAP Baleares de 17 de octubre de 2012 , SAP Cantabria de 25 de octubre de 2012 , SAP Santa Cruz de Tenerife de 22 de junio de 2012 y SAP Pontevedra de 14 de enero de 2013 .

El apartado tercero justifica la existencia de interés casacional por el distinto criterio que vienen siguiendo las Audiencias Provinciales respecto del nivel de protección que merecen las entidades mercantiles «de dimensión reducida» en la contratación de productos financieros, en concreto a la hora de apreciar su condición de «cliente minorista», y en cuanto a la diligencia del administrador de estas sociedades y su perfil y nivel de formación a la hora de apreciar o no la excusabilidad del error vicio padecido. Cita como opuestas a la sentencia recurrida las SAP Madrid de 18 de octubre de 2012 , SAP Asturias de 26 de noviembre de 2012 , SAP Orense de 1 de diciembre de 2011 , SAP Barcelona de 6 de julio de 2012 , SAP Salamanca de 24 de julio de 2012 , SAP Palencia 9 de enero de 2014 , SAP Baleares de 17 de octubre de 2012 , SAP Santa Cruz de Tenerife de 9 de abril de 2012 y SAP Vizcaya de 11 de diciembre de 2012 . Con un criterio jurídico coincidente entre sí, dispar del anterior y coincidente con el seguido por la sentencia recurrida, se citan la SAP Lérida de 4 de julio de 2013 y la SAP León de 23 de julio de 2012 .

En síntesis, se argumenta que la jurisprudencia de esta sala en que se apoya la sentencia recurrida no establece una doctrina general, sino que resuelve en función de unas concretas circunstancias, distintas de las concurrentes en este caso, que sí permiten apreciar la existencia de error vicio excusable. Tales circunstancias son: que no se entregó a la recurrente por la entidad bancaria el contrato marco, que el contrato de permuta contenía numerosos anglicismos y, esencialmente, que no se informó a la recurrente de los riesgos que conllevaba el producto ni de los costes de cancelación.

En su escrito de oposición el banco recurrido ha alegado que el recurso debe ser inadmitido o, en todo caso, desestimado. Como causas de inadmisión plantea que el recurso solo pretende revisar los hechos probados (en este sentido, dice que consta acreditado que el administrador que intervino en la contratación admitió no haber procedido a su examen y comprobación, que al *swap* litigioso le precedieron otros, por lo que no puede sostenerse que el administrador fuera completamente desconocedor de este tipo de productos, y, respecto del coste de cancelación, que a pesar de existir prueba contradictoria al respecto de si se ofreció o no suficiente información, lo importante es que no podía conocerse ni calcularse *a priori*) y que «el recurso no cumple los criterios de admisión establecidos por esta sala» en su acuerdo de 30 de diciembre de 2011, alegando el banco recurrido falta de claridad derivada de la cita conjunta de preceptos genéricos y heterogéneos, falta de fundamentación suficiente sobre la infracción cometida, falta de respeto a la valoración probatoria, falta de indicación de la doctrina que se solicita que se fije o declare infringida, falta de expresión del elemento en que se funda la admisibilidad del recurso y falta de justificación e inexistencia del interés casacional invocado, en particular por no acreditarse debidamente la contradicción doctrinal y, en todo caso, por existencia de jurisprudencia del TS sobre el problema jurídico planteado, cuya aplicación además depende de las concretas circunstancias del caso. Subsidiariamente el banco interesa la desestimación del recurso por razones de fondo, alegando en síntesis, y con base en los hechos probados anteriormente mencionados, que no hubo error vicio del consentimiento en la contratación del *swap* litigioso porque SPAC tuvo conocimiento de los riesgos inherentes asociados al producto financiero y del coste de su cancelación anticipada, y, además, que constituye doctrina constante que la mera infracción del deber de información no es determinante del error vicio del consentimiento si, como ha sido el caso (al haber contratado otros con anterioridad), el cliente era ya conocedor del producto, sus características y riesgos asociados. Añade que no era aplicable la normativa post MiFID (por lo que carece de relevancia la ausencia de test de conveniencia y de test de idoneidad), que la condición de cliente minorista no implica que se tratase de un ignorante financiero y que, de existir error vicio, este sería inexcusable porque el administrador no se molestó ni tan siquiera en leer el contrato.

CUARTO.- Como declaran, entre las más recientes, las sentencias 2/2017, de 10 de enero , 727/2016, de 19 de diciembre , 667/2016, de 14 de noviembre y 579/2016, de 30 de septiembre , para resolver sobre la oposición a la admisibilidad del recurso resulta de aplicación la doctrina de esta sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad fijada en auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012) y asumido también en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , y 331/2016, de 19 de mayo . Según esta doctrina, concurren causas absolutas de inadmisión del recurso de casación cuando se plantean motivos procesales y no sustantivos, cuando no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida y cuando el escrito carece de la necesaria claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), la



individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC) y la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC). Por el contrario, concurren causas relativas de inadmisión cuando, 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. Según afirman las sentencias 2/2017, de 10 de enero y 667/2016, de 14 de noviembre (con cita de la 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».

Este último criterio resulta de plena aplicación al presente recurso, porque los problemas jurídicos están suficientemente identificados (se impugna la valoración del tribunal sobre la suficiencia de la información suministrada por la entidad bancaria para cumplir con los deberes previstos en la normativa pre-MiFID, «lo que constituye propiamente una valoración jurídica apoyada en los hechos probados, que tan sólo se puede impugnar mediante el recurso de casación» - sentencia 731/2016, de 20 de diciembre -), la infracción alegada aparece convenientemente desarrollada (pese a la cita de diversos preceptos legales se identifican correctamente los que atañen al caso y se consideran infringidos, especialmente el art. 1265 CC en relación con el RD 629/1993, aplicable por razones temporales) y todo ello se hace sin alterar la base fáctica de la sentencia (pues únicamente se discute la valoración jurídica de los hechos probados, ya que la sentencia de apelación no desvirtúa los datos fácticos en que se apoyó la sentencia apelada para concluir que hubo déficit informativo - empleo de anglicismos, aceptación telefónica, falta de entrega de documentación contractual al cliente-, sino que lo que hace es fundar su conclusión jurídica, contraria a la existencia de error vicio, en una serie de circunstancias fácticas que considera sirven de contrapeso a los hechos valorados por la sentencia apelada). A lo anterior se une que el interés casacional es evidente, dado que la razón decisoria de la sentencia recurrida puede entrar en contradicción con la jurisprudencia consolidada de esta sala sobre el error vicio en los contratos de *swap* . Todo ello «ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas» (sentencia 667/2016, de 14 de noviembre) «adaptándose a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (sentencia 562/2016, de 23 de septiembre).

QUINTO.- Esta sala ha dictado ya un importante número de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión y, en concreto, en la contratación de *swaps* de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión. Como recuerda la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre , «[a]sí ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014, de 8 de julio , 110/2015, de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 595/2015 y 610/2015, 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 , 742/2015, de 18 de diciembre , 31/2016, de 4 de febrero , 195/2016, de 20 de marzo , 331/2016, de 19 de mayo , 496, de 15 de julio, y 509/2016, de 20 de julio , entre otras muchas».

Dicha doctrina, también contenida en las posteriores sentencias 601/2016, de 6 de octubre , 669/2016, de 14 de noviembre , 694/2016, de 24 de noviembre , y 723/2016, de 20 de diciembre , sobre casos en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho nacional de la normativa MiFID (normativa pre-MiFID que era la aplicable al contrato litigioso, suscrito el 23 de noviembre de 2006), declara la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente, como puntualizan las sentencias 669/2016, de 14 de noviembre , y 694/2016, de 24 de noviembre , «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».

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:



1.ª) La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modificó la LMV, tuvo por 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. Esta incorporación de MiFID al Derecho español supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

No obstante, ya la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. Según la sentencia 694/2016, de 24 de noviembre :

«Dicho 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).

La inclusión expresa en el Derecho español de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 LMV (actualmente arts. 210 y siguientes del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente innovadora en relación a los principios fundamentales que rigen la materia. La jurisprudencia se ha esforzado en recalcar que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis. 3 LMV), como bajo la pre-MiFID (el art. 79 LMV y el RD 629/1993), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales (productos en los que deben ubicarse los que reciben la denominación genérica de permuta financiera o *swap* , al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados) 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. Según la sentencia 32/2016, de 4 de febrero :

«Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía 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 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».

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias 562/2016, de 23 de septiembre , y 594/2016, de 5 de octubre .

2.ª) Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes mencionadas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, o que en el supuesto de que bajaran los tipos de interés el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior al que habría tenido de no haber contratado la operación. No se trata de que el banco demandado pueda adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que debe ofrecer al cliente una información completa, suficiente y comprensible sobre el alcance real de las posibles consecuencias de la fluctuación no solo al alza, sino también a la baja, de los tipos de interés, así como de los costes de la cancelación anticipada (entre otras, sentencia 562/2016, de 23 de septiembre).

Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 694/2016, de 24 de noviembre , con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero , y 489/2015, de 16 de septiembre).

3.ª) En cuanto a la trascendencia que el incumplimiento de los reseñados deberes de información tiene en la validez del consentimiento, esta sala viene declarando que aunque por sí mismo tal incumplimiento 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 de forma muy relevante (sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre , citadas, entre otras, por la referida sentencia 694/2016, de 24 de noviembre).

En este sentido la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , citada por la recurrente y seguida por las sentencias posteriores sobre esta materia, declaró lo siguiente:

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa [...].

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida».

El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos como el contratado por la sociedad recurrente el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos o productos financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento, de tal forma que 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 porque afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

La jurisprudencia precisa 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 inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y en igual sentido, sentencias 519/2016, de 21 de julio , 562/2016, de 23 de septiembre , y 694/2016, de 24 de noviembre).

4.ª) A la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala viene declarando que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. La sentencia 579/2016, de 30 de septiembre , trae a colación las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , y 676/2015, de 30 de noviembre , entre otras, según las cuales no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre , luego citada por otras posteriores como las sentencias 594/2016 y 595/2016, ambas de 5 de octubre). Según



la sentencia 594/2016, de 5 de octubre , el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos como los *swap* «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto».

En esta línea, puesto que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estos fueran los estudios del contable de la empresa (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 633/2015, de 13 de noviembre , 673/2015, de 9 de diciembre , y 496/2016, de 15 de julio). Y ni siquiera la posibilidad de contar con asesoramiento es determinante de una actuación no diligente que excluya la excusabilidad del error, pues la sentencia 310/2016, de 11 de mayo , ha declarado al respecto lo siguiente:

«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».

Finalmente, tampoco el dato de que al *swap* cuya nulidad se pretende le hayan precedido otros es razón suficiente para presuponer que cuando se contrató aquel ya se tenía información bastante sobre las características del producto y sus riesgos. Según la sentencia 562/2016, de 23 de septiembre , el hecho de que al firmarse el contrato le hubieran precedido otros, incluso con liquidaciones negativas, no es bastante para exonerar al banco, ya que lo esencial es que tras la cancelación de los contratos precedentes el déficit informativo en que hasta entonces se había incurrido siguió siendo una realidad, sin que la serie de contratos sanara en modo alguno el déficit informativo padecido en los precedentes, «puesto que cuando surgió el conocimiento de los concretos riesgos que conllevaba el *swap* fue cuando se constató que, a pesar de la renovación contractual, se seguían produciendo resultados negativos, es decir, cuando el contrato litigioso ya estaba en vigor».

5.ª) Tampoco el deber de información debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato de *swap* . En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre , reiteran que «[c]omo ya hemos recordado en otras ocasiones, "[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas" (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre)».

En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos (sentencia 579/2016, de 8 de septiembre).

SEXTO.- La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial determina la estimación del motivo y del recurso por las siguientes razones:

1.ª) La entidad demandada (Barclays Bank, hoy Caixabank) no observó el deber impuesto por la normativa pre-MiFID consistente en ofrecer a la sociedad demandante una información comprensible y adecuada sobre las



características del producto y sobre los concretos riesgos que le podía comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación.

No costa probado 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 cuando, como ha declarado con reiteración esta sala, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado, como es el *swap* respecto de una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable, por ejemplo de un préstamo mercantil, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del Euribor (entre las más recientes, sentencias 668/2016, de 14 de noviembre, 676/2016, de 16 de noviembre, y 732/2016, de 20 de diciembre).

Además, se ha dicho que el deber de información no queda satisfecho por una mera ilustración sobre lo obvio, traduciéndose en una obligación activa para la entidad financiera que ni siquiera se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual. En el presente caso la actuación del banco se apartó de estas exigencias. En primer lugar, porque no ha probado que ofreciera al cliente con carácter previo a la contratación una información precontractual clara y comprensible que permitiera conocer los riesgos concretos del producto (del contenido de las supuestas conversaciones previas entre cliente y banco no hay constancia por haber fallecido la persona que el banco identificó como la encargada de comercializar el producto). En segundo lugar, porque tampoco la información contractual fue clara, adecuada y suficiente ya que, más allá del empleo de anglicismos susceptibles de generar oscuridad, la sentencia de primera instancia declaró (y no fue desvirtuado por la de apelación) que el *swap* litigioso se enmarcaba, según el banco, en un CMOF cuya existencia, sin embargo, no consta (pues no se aportó documentación acreditativa al respecto), ni por tanto puede afirmarse que fuera de conocimiento de la parte demandante, quien terminó prestando su consentimiento de forma telefónica, a lo que siguió la remisión por fax del contrato, suscrito por un representante británico de la entidad demandada y devuelto a esta una vez firmado por el representante de la entidad demandante. La propia sentencia de primera instancia calificó la información contractual de reducida «a ilustrar sobre lo obvio», habida cuenta de que solo se apercibió al cliente de la posibilidad de que se derivase para él tanto un resultado positivo como uno negativo, pero sin concretar, en atención a las previsiones que el banco debía de manejar en esa época, el alcance concreto del coste que para su patrimonio podía llegar a suponer esa bajada continuada del Euribor, lo que es de todo punto insuficiente para que el cliente pudiera representarse con claridad el riesgo derivado de una bajada drástica de tipos de interés como la ocurrida a partir del año 2009, esto es, cuánto tendría que pagar el cliente en esos casos (sentencia 694/2016, de 24 de noviembre). Y tampoco consta que se le informara de forma clara y suficiente sobre los costes de cancelación anticipada, pues fue tras recibir las primeras liquidaciones negativas e intentar cancelar anticipadamente el *swap* en vigor cuando por parte del banco se le informó del coste económico de dicha cancelación.

2.ª) En cuanto a la trascendencia que el incumplimiento de los reseñados deberes de información tuvo en la validez del consentimiento, se ha de estar al criterio jurisprudencial de que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados, que vicia el consentimiento de tal manera que no es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio pero sí que permite presumirlo. Tal presunción no resulta desvirtuada en este caso por las razones en las que se apoya la sentencia recurrida para excluir el error vicio o para defender su excusabilidad: que el cliente era una sociedad mercantil cuya protección no es la misma que la de un consumidor, que contrató a través de su administrador, quien independientemente de su formación debió proceder a la completa y detenida comprobación de lo que firmaba o, en todo caso, buscar un asesoramiento especial, que la contratación previa de otros productos (uno del año 2005, con la misma entidad bancaria, que fue cancelado) determina el conocimiento del tipo de producto y sus riesgos inherentes, y, en cuanto al coste de cancelación, que existiendo prueba contradictoria lo relevante es que no era exigible su fijación por anticipado.

3.ª) Así, que el cliente sea una sociedad mercantil no la privaba de protección como minorista ni le otorgaba carácter de experto, por lo ya razonado acerca de que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Por tanto, que la demandante estuviera representada en la contratación por su administrador único no es determinante de que tuviera conocimiento suficiente del producto y sus concretos riesgos, pues se trataba de un arquitecto de profesión cuya experiencia como empresario, o en la gestión diaria de la sociedad, incluso en su relación con las entidades financieras, tampoco presupone que contara con esos conocimientos específicos que se exigen en el caso de un producto de tan alto riesgo como el *swap* (en esta línea, la sentencia 594/2016, de 5 de octubre ha declarado que el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con



los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto»).

Tampoco se puede reprochar al administrador de la demandante que no buscara asesoramiento externo, pues la jurisprudencia también reitera que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no el cliente -no profesional del mercado financiero y de inversión- el que debe averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas, de tal modo que la parte obligada legalmente a informar correctamente (el banco en este caso) no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta (el cliente, la sociedad demandante hoy recurrente) debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (así, sentencia 732/2016, en un caso como el presente en que la sentencia recurrida también se apoyó en la experiencia del representante de la empresa y en que pudo solicitar información sobre el producto adquirido). En suma, «no es admisible la alegación de que la parte que tenía derecho a recibir información debió haberse asesorado por un tercero y que, al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia» (sentencia 11/2017, de 13 de enero).

De igual forma, es contrario a la jurisprudencia de esta sala el razonamiento contenido en la sentencia recurrida de presuponer el suficiente conocimiento del producto y sus riesgos por el hecho de haber contratado otros con anterioridad. El criterio seguido por esta sala en casos semejantes (por ejemplo, sentencias 562/2016, de 23 de septiembre, y 694/2016, de 24 de noviembre, sobre contratación de *swaps* sucesivos) descarta que el cliente, a través de su representante legal, contara en noviembre de 2006 con suficiente información sobre las características del producto y sus riesgos, pues el hecho de que al firmar el contrato le hubieran precedido otros, como mínimo uno firmado en 2005 con la misma entidad demandada que fue cancelado sin costes, no es bastante para exonerar al banco, ya que lo esencial es que tras la cancelación de los contratos precedentes el déficit informativo en que hasta entonces se había incurrido siguió siendo una realidad en el contrato litigioso de 2006, sin que la serie de contratos (cancelación y sustitución del primer contrato por el segundo y de este por el litigioso) sanara en modo alguno el déficit informativo padecido en los precedentes. De hecho, lo único acreditado es que una empleada del banco comentó en un correo interno que el cliente le había reconocido que tenía varias demandas por *swaps* contratados anteriormente con otras entidades, dato que no permite afirmar su experiencia financiera y conocimiento de este tipo de productos ni implica que la contratación de dichos *swaps* no estuviera también afectada de error vicio del consentimiento. En este sentido, la sentencia 562/2016, de 23 de septiembre, descartó que por el hecho de contratarse un segundo *swap*, tras cancelar el primero sin costes y a consecuencia de liquidaciones negativas, el cliente tuviera que ser necesariamente consciente de los riesgos asociados a este producto, pues dicho razonamiento «no tiene en cuenta que el segundo *swap* se firmó precisamente como supuesto remedio a las pérdidas habidas en el primero, y se incurrió nuevamente en el déficit informativo preexistente, puesto que no se informó debidamente al cliente que las liquidaciones negativas del primer contrato no habían sido unos contratiempos episódicos, sino que eran connaturales a la propia dinámica del contrato si se daba un escenario de bajadas de tipos de interés. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales, ni que la cancelación y sustitución del primer contrato sanara en modo alguno el mismo déficit informativo padecido en el segundo, puesto que cuando surgió el conocimiento de los concretos riesgos que conllevaba el *swap* fue cuando se constató que, a pesar de la renovación contractual, se seguían produciendo resultados negativos, es decir, cuando el contrato litigioso ya estaba en vigor».

Por último, en cuanto a la omisión de información respecto del coste de cancelación, la jurisprudencia no permite acoger el criterio seguido por la sentencia recurrida (existiendo prueba contradictoria, y por tanto, no constando probada la información al respecto, la sentencia excluye el error vicio por entender que el coste de cancelación no podía fijarse *a priori* por el banco sino que bastaba con indicar que vendría establecido por la evolución del mercado), ya que en un producto como el *swap*, en el que la propia dinámica del producto abre en cada liquidación periódica «una ventana de liquidación», dicho coste adquiere una sustancialidad determinante en el conjunto del contrato (sentencia 669/2015, de 25 de noviembre), y según la sentencia 594/2016, de 5 de octubre, «[l]a mención de que el coste de cancelación se fijaría por el banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.». En conclusión, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del *swap*, información que el banco omitió.

5.ª) En conclusión, partiendo de los hechos probados, no puede considerarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato de *swap*, y por tanto, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala.



SÉPTIMO.- De todo lo antedicho se desprende que procede la estimación del único motivo del recurso, la anulación de la sentencia recurrida, la desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y la confirmación de la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas por ajustarse al art. 394.1 LEC .

OCTAVO.- Conforme al art. 398.2 LEC , la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

En cuanto a las costas de segunda instancia, dado que el recurso de apelación tenía que haber sido estimado, tampoco procede su especial imposición.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 la demandante Sociedad Promotora de Alquileres de Coslada S.L. contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2014 por la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 424/2013 . **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada Barclays Bank S.A. (hoy Caixabank S.A.) contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2012 por el magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 68 de Madrid en las actuaciones de juicio ordinario n.º 1090/2011, que se confirma incluso en su pronunciamiento sobre costas. **4.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia. **5.º-** Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. 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.