



Roj: **STS 1630/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1630**

Id Cendoj: **28079110012017100249**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2017**

Nº de Recurso: **188/2014**

Nº de Resolución: **250/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 13053/2013,**
STS 1630/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L., representada por el procurador Santiago Tesorero Díaz. Es parte recurrida la entidad Catalunya Banc S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Joana María Miquel Fageda, en nombre y representación de la entidad Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona, contra la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa, para que se dictase sentencia:

«por la que se declare: a) La nulidad de pleno derecho o, en su caso, se anule el contrato marco de operaciones financieros formalizado por el actor y la demandada con fecha 13/5/2008 y el contrato de "confirmación collar con barreras y compensación" formalizado entre las mismas partes el 14/5/2008, aportados como documentos número uno y dos de la demanda, por concurrir error y/o dolo en el consentimiento prestado por Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L. en los mismos.

b) Se condene a Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa a estar y pasar por la anterior declaración, así como a realizar la restitución de las prestaciones que la declaración de nulidad solicitada conlleva.

c) Subsidiariamente, para el supuesto de no estimarse la petición a) y b) anteriores, se declare la nulidad de pleno derecho o, en su caso, se anule el contrato marco de operaciones financieras formalizado entre las mismas partes el día 14/5/2008, aportados como documentos uno y dos de la demanda, por vulneración de la legislación en materia de consumidores, al existir varias cláusulas abusivas que revelan una situación no equitativa, condenando a Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa a estar pasar por dicha declaración y restituir las prestaciones efectuadas en virtud de dichos contratos.

d) Se condene a Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa al pago de las costas judiciales».

2. El procurador Antonio María de Anzizu Furest, en representación de Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestimando íntegramente la demanda con imposición de las costas a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona dictó sentencia con fecha 12 de enero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: 1.- Estimar la demanda formulada por Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L. frente a Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa, con declaración de nulidad del denominado "Collar con Barreras y Compensación", suscrito entre partes el día 14 de mayo de 2008.

2.- Condenar a Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa a que proceda a la restitución de prestaciones, que se compensarán con los recibidas por Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L.

3.- Imponer las costas a la demandada.

4.- Contra esta resolución cabe recurso de apelación en doble efecto».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Catalunya Banc S.A. (anteriormente Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A., contra la sentencia de fecha doce de enero de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimando la demanda formulada por Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L., absolvemos, libremente, a dicha sociedad de la pretensión deducida frente a ella, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancia. Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Joana María Miquel Fageda, en representación de la entidad Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 60 , 80 , 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

2º) Infracción de los arts. 62 y 64 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero e infracción de los arts. 79 y 79 bis de la Ley 42/2007 del Mercado de Valores .

3º) Infracción de los arts. 1288 y 1289 del Código Civil .

4º) Infracción de los arts. 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil .

5º) Infracción de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación».

2. Por diligencia de ordenación de 21 de enero de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^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 Plásticos Leandro Martínez Aguilar S.L., representada por el procurador Santiago Tesorero Díaz; y como parte recurrida la entidad Catalunya Banc S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

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 la entidad Plásticos Leandro Martínez Aguilar, S.L. contra la sentencia dictada, el día 28 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a), en el rollo de apelación n.º 405/2012 , dimanante del juicio ordinario n.º 427/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Catalunya Banc 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 22 de marzo 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, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida.

En el marco de un previo CMOF, Plásticos Leandro Martínez Aguilar, S.L. (en adelante, Plásticos) concertó con Caixa d'Estalvis de Catalunya (Caixa Catalunya) una permuta de tipos de interés, denominado «Collar con Barreras y Compensación», el día 14 de mayo de 2008. El notional era 800.000 euros. El contrato comenzaba el 14 de mayo de 2008 y vencía el 20 de mayo de 2011. Las liquidaciones debían hacerse trimestralmente.

Este producto había sido ofrecido por el director de una oficina de Caixa Catalunya (Rogelio) al administrador de la sociedad Plásticos (Juan Pablo).

Con anterioridad, Plásticos había contratado un swap con la entidad Bankinter, cuando Rogelio trabajaba para este banco como director de una oficina. En mayo de 2008, este primer swap había arrojado liquidaciones positivas para el cliente.

El administrador de Plásticos, que intervino en la contratación de la permuta financiera de 14 de mayo de 2008, era licenciado o diplomado en empresariales.

Antes de la contratación, Caixa Catalunya recabó el test de conveniencia, pero no el de idoneidad.

Uno o dos días antes de suscribir la permuta financiera, el Sr. Rogelio entregó al Sr. Juan Pablo un folleto sobre el producto que iba a contratar. La documentación del contrato le fue entregada antes de su firma. Hubo conversaciones y explicaciones previas sobre el funcionamiento del producto y los riesgos derivados de las liquidaciones negativas antes de que contratara. En este sentido la Audiencia expresamente declara probado lo siguiente:

«el Sr. Juan Pablo (sic) entendió claramente que podía resultar perjudicada su empresa si bajaban mucho los tipos de interés. Esperaba que no bajasen. O mejor dicho, no esperaba que pasase lo que pasó, que fue un drástico desplome del tipo de interés...».

Las dos primeras liquidaciones, en agosto y noviembre de 2008, fueron positivas para el cliente, por un importe total de 903,64 euros.

Las liquidaciones de mayo de 2009 y las posteriores fueron negativas para el cliente, de forma que hasta febrero de 2011 arrojaban un saldo negativo para el cliente de 59.980,64 euros. La liquidación de mayo de 2011, también fue negativa en 7.047,82 euros.

En mayo de 2009, al comenzar las liquidaciones negativas, el Sr. Juan Pablo llamó a la oficina y solicitó la cancelación del producto. Desde Caixa Catalunya se le informó que el coste de cancelación sería de aproximadamente 50.000 euros.

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, Plásticos Leandro Martínez Aguilar, S.L. pidió la nulidad del contrato de permuta financiera, por error vicio o dolo en el consentimiento, derivado del incumplimiento de las obligaciones precontractuales impuestas por la normativa MiFID a las empresas que prestan servicios de inversión. También pidió que se ordenara la restitución de las prestaciones.

Subsidiariamente, la demanda solicitaba la nulidad del contrato de permuta financiera «por vulneración de la legislación en materia de consumidores, al existir varias cláusulas abusivas que revelan una situación no equitativa».

3. El juzgado estimó la demanda, al apreciar que había habido error vicio en la contratación de la permuta financiera. Al respecto es muy significativo el último razonamiento de la sentencia:

«En definitiva y concluyendo, la demandada Caixa Cataluña faltó a una obligación básica y previa a toda recomendación de inversión: la realización del test de idoneidad; el de conveniencia presenta serias dudas de que haya sido realizado con el rigor exigible; y el asesoramiento o información precontractual no fue lo suficientemente detallada para un cliente minorista que legalmente tiene la máxima protección, y al que de ninguna manera se le pudo ofrecer el producto contratado, por lo que no pudo formar un consentimiento libre de vicios para cerrar la contratación del "Collar con Barreras y Compensación", suscrito el 14 de mayo de 2008, lo que acarrea su nulidad con devolución de las prestaciones recíprocas, lo que se establecerá en ejecución de sentencia».

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por Caixa Catalunya, la Audiencia estimó el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.



Después de hacer un análisis de la prueba practicada en relación con el cumplimiento de los deberes de información de la demandada y el eventual error vicio de la demandante, la Audiencia concluye:

«En fin, hubo conversaciones previas, hubo explicaciones, mejores o peores pero las hubo. Y el Sr. Juan Pablo (sic) entendió claramente que podía resultar perjudicada su empresa si bajaban muchos los tipos de interés. Esperaba que no bajasen. O mejor dicho, no esperaba que pasase lo que pasó, que fue un drástico desplome del tipo de interés, que ha generado las pérdidas que han motivado la enorme litigiosidad que se ha desencadenado en esta materia. Pero es obvio que la información le permitió conocer el riesgo».

En cuanto a que el contrato no informara sobre el coste de cancelación, la sentencia apelada entiende que es irrelevante, pues «no tenía la actora derecho a que se le informase con antelación del coste que iba a tener para ella separarse del contrato».

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de cinco motivos.

El escrito de oposición al recurso, al contestar a los motivos de casación, de forma aislada el primero y de forma conjunta el resto, interesa que los motivos sean inadmitidos o, en su caso, desestimados. En la medida en que las razones aducidas no guardan relación con causas objetivas de inadmisión, no es preciso un pronunciamiento previo al análisis de los motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo se funda en la infracción de los arts. 60 , 80 , 82 y 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , que aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

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

2. *Desestimación del motivo primero* . La normativa que se denuncia infringida no resultaba de aplicación, pues la sociedad mercantil que contrató la permuta financiera con Caixa Catalunya no tiene la condición de consumidor, que es el presupuesto de su aplicación.

3. *Formulación de los motivos segundo y cuarto* . El motivo segundo denuncia la infracción de los arts. 62 y 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , y los arts. 79 y 79 bis LMV. La incorrecta aplicación de esta normativa habría provocado la errónea aplicación de los arts. 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil , sobre la valoración del error en el consentimiento.

El defecto de información que se achaca a la entidad bancaria lo era sobre el producto, los concretos riesgos derivados de las liquidaciones negativas, y también sobre el coste de cancelación.

El motivo cuarto denuncia la infracción de los arts. 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil , con una mención especial a la existencia de error respecto del coste de cancelación (50.000 euros), que no fue explicado cuando se realizó la contratación de la permuta financiera.

Procede estimar los motivos por las razones que exponemos a continuación.

4. *Estimación de los motivos segundo y cuarto* . Cuando se concertó la permuta financiera objeto de litigio, el 14 de mayo de 2008, ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), 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 puede comportar su contratación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta:

«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- »a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- »b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- »c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- »d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

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:

«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).

Por ello, la entidad financiera demandada (Caixa Catalunya) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Plásticos) que permitiera conocer las características del producto y su riesgos.

6. A la vista de los hechos declarados probados por la Audiencia, Caixa Catalunya habría cumplido con el deber de información respecto de las características del producto y los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés. La sentencia recurrida declara probado que existió una información precontractual y, lo que es más importante, que el administrador de Plásticos al tiempo de contratar conocía los riesgos derivados de una bajada de los tipos de interés, aunque no se podía imaginar que ello pudiera ocurrir. De tal forma que no pudo existir error sobre estos extremos.

Sin embargo sí que lo hubo en relación con los costes de cancelación. En la instancia no ha quedado acreditado que antes de la suscripción de la permuta financiera, se informara al cliente de lo que podía llegar a costarle la cancelación anticipada.

La Audiencia entiende que no existía deber alguno de informar sobre los costes de cancelación y, en concreto, sobre el riesgo de que la cancelación anticipada pudiera conllevar un coste muy elevado. Esta tesis contraría la jurisprudencia de la sala, compendiada en la sentencia 174/2017, de 13 de marzo .

7. En supuestos en que se había ofrecido la posibilidad de cancelación anticipada del swap, por ejemplo mediante la activación de ventanas de cancelación cada cierto tiempo, este Tribunal Supremo ha admitido que podría existir error vicio si no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer el coste de cancelación. Así lo razonábamos en la sentencia 491/2015, de 15 de septiembre :

«Cuando un contrato de las características del swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo



en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

»Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

Esta doctrina ha sido reiterada por sentencias posteriores, entre ellas Sentencia 669/2015, de 25 de noviembre, y 90/2016, de 19 de febrero .

En términos generales, un contrato con duración determinada no tiene por qué ofrecer como elemento esencial del contrato la posibilidad de una resolución anticipada.

Pero por la singularidad de este contrato, en el que se adquiere un producto financiero con un marcado carácter aleatorio, que ha de desenvolverse durante varios años, con el consiguiente riesgo de sufrir costes muy onerosos como consecuencia de la bajada drástica de tipos de interés, entendemos que debía informarse al inversor minorista con toda claridad de que no podía cancelarse anticipadamente si no era mediante el pago de una indemnización, con un coste muy elevado.

De hecho consta acreditado que cuando el cliente se interesó por la cancelación anticipada, la Caixa de Catalunya le informó que le costaría aproximadamente 50.000 euros.

La ausencia de esta información sobre el coste que podría derivarse de la cancelación anticipada a instancia del cliente, en nuestro caso era esencial para la contratación de este producto financiero complejo por un minorista, lo que incide en la relevancia del error. El error era excusable, en atención a los reseñados deberes de información que recaían sobre la caja.

La estimación de los motivos segundo y cuarto hace innecesario pronunciarse sobre los motivos tercero y quinto.

En consecuencia, procede casar la sentencia de apelación, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixa de Catalunya, con la consiguiente confirmación de la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

2. Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas generadas por este recurso (art. 398.1 LEC).

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 Plásticos Leandro Martínez Aguilar, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 28 de noviembre de 2013 (rollo 405/2012), sin hacer expresa condena en costas. **2.º-** Desestimar el recurso de apelación formulado por Caixa Catalunya contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona de 12 de enero de 2012 (juicio ordinario 427/2011), que cuya parte dispositiva confirmamos, y con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. Y 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.