



Roj: **STS 1854/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1854**

Id Cendoj: **28079110012017100274**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **1272/2013**

Nº de Resolución: **283/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 197/2013,**
STS 1854/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 447/2012 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1993/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarragona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Juan Carlos Recuero Madrid en nombre y representación de la mercantil Toful de Mar S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Sra. Gutiérrez Lorenzo en calidad de recurrente y la procuradora doña Blanca María Grande Pesquero en nombre y representación de Banco Sabadell S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Juan Carlos Recuero Madrid, en nombre y representación de la mercantil Toful de Mar S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Antonio Mendía Martí contra Banco de Sabadell S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Se declare nulo el contrato marco de operaciones financieras y las tres operaciones de confirmación de permuta financiera de tipos de interés suscrito entre las partes el 27 de marzo de 2007, debiendo los contratantes restituirse las cantidades recibidas recíprocamente, condenando al Banco de Sabadell a dejar sin efecto el saldo negativo existente en la cuenta de mi representada Toful de Mar S.L., producto de las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato hasta ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha cantidad (artículos 1100 y 1108 del Código Civil) desde la fecha de su cargo en cuenta, y al pago de las costas procesales».

SEGUNDO .- La procuradora doña María Josefa Martínez Bastida, en nombre y representación de Banco de Sabadell S.A., y asistido del letrado don Javier Garnacho Ceregido contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«De acuerdo con los hechos y fundamentos de derecho alegados en el presente escrito: Se desestime por completo la demanda. Se absuelva de la misma a mi representada. Se condene a Toful de Mar S.L. al pago de las liquidaciones de las operaciones de swap que constan impagadas, así como a las futuras que pudieran



devengarse hasta el vencimiento de las operaciones. Se impongan las costas causadas a la parte demandante por su evidente temeridad y mala fe».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarragona, dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimar la demanda presentada por el procurador don Juan Carlos Recuero Madrid en nombre y representación de la mercantil Toful del Mar S.L., frente a la mercantil Banco de Sabadell S.A., absolviendo a ésta de todas las pretensiones deducidas en su contra. Se condena en costas a la parte actora».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la mercantil Toful de Mar S.L contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Tarragona en el procedimiento ordinario n.º 1993/2009 Revocando únicamente en el sentido de no efectuar imposición de costas en primera instancia, como tampoco se imponen en esta segunda instancia».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Toful de Mar S.L. argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- En cuanto a la fundamental cuestión del documento según el cual el cliente renuncia al test de conveniencia, documento n.º 3 de la demanda. Segundo.- Al amparo del artículo 469.1 LEC es por infracción del artículo 217 del mismo texto legal en cuanto a las normas legales de distribución del *onus probandi* . Tercero.- Infracción procesal invocado al amparo del motivo segundo del artículo 469.1 de la LEC lo es por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia al incurrir en incongruencia omisiva respecto a tres alegaciones planteadas en el recurso de apelación en su día interpuesto. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Caso de desestimarse el recurso por infracción procesal, la resolución del recurso presenta interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 79 bis de la LMV de 1988, por infracción del artículo 19 de la Directiva 2004/39 . Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 48.2, Ley 26/88, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito ; artículos 74 y 78 de la Ley 24/1988 LMV , RD 629/1993. Cuarto.- La omisión que imputamos al banco en cuanto a la insuficiencia de información sobre el riesgo derivado del contrato de permuta financiera. Quinto.- Artículo 477.2.3.º LEC , por infracción del artículo 62 del texto Refundido del 2007. Sexto.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC , por infracción de los artículos 1265 , 1266 , 1300 y 1303, todos ellos del Código Civil .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por Decreto de fecha 17 de mayo de 2016, se declaró desistido el recurso de infracción procesal manteniéndose el recurso de casación interpuesto. Por auto de fecha 2 de noviembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de Banco de Sabadell S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de marzo del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y la de tres confirmaciones de permutas financieras (swaps); todas ellas, por error vicio en el consentimiento prestado.

2. De los hechos acreditados en la instancia, debe destacarse que no se ha considerado probado que la entidad financiera impusiera u obligase al cliente a renunciar a la realización del test de conveniencia con relación a la confirmación de la permuta financiera suscrita el 11 de enero de 2008.

3. En síntesis, la entidad Toful del Mar S.L. que tenía suscrito con el Banco Sabadell S.A. un préstamo hipotecario, concertó con dicha entidad bancaria un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 28 de marzo de 2007.



Bajo este contrato marco se suscribieron tres permutas financieras de tipos de interés. La primera con fecha de 2 de abril de 2007, por un nominal de 300.000 euros. La segunda con fecha de 11 de enero de 2008, por un nominal de 500.000 euros y la última, el 12 de mayo de 2008, por un nominal de 200.000 euros.

Tras un primer ejercicio en el que el cliente obtuvo liquidaciones positivas, los productos financieros comenzaron a arrojar liquidaciones negativas, resultando impagadas algunas de ellas. En este contexto, Toful del Mar S.L. presentó demanda contra la entidad financiera por la que solicitaba la nulidad de los contratos suscritos y la recíproca restitución de las cantidades entregadas. Alegó la existencia de un error vicio en el consentimiento prestado por la insuficiente información suministrada por la entidad financiera, así como que ésta le impuso la renuncia a la realización del preceptivo test de conveniencia con relación a la confirmación de fecha 11 de enero de 2008.

La demandada se opuso a la demanda, alegó que la información suministrada fue clara y suficiente a lo largo de la relación comercial y que el cliente había prestado su consentimiento en la firma de los diversos contratos. En cuanto al test de conveniencia sostuvo que no era un requisito imprescindible para la contratación del producto. También destacó que el cliente había dejado de pagar las liquidaciones negativas, pero no formuló demanda reconvenzional.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Tras declarar que no había sido acreditada la alegada imposición de la renuncia a la realización del test de conveniencia, consideró que la información suministrada en el contenido de los contratos era suficiente, pues constaba que el cliente podía «cobrar» o «pagar» dependiendo de la fluctuación de los tipos de interés. Asimismo destacó que pese a que el cliente era minorista, no obstante, tenía un importante potencial económico y que en su condición de persona jurídica se hacía muy difícil pensar que en sus actividades financieras no tuviera ningún tipo de asesoramiento jurídico.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia estimó en parte dicho recurso a los solos efectos del pronunciamiento de costas, en el sentido de no efectuar imposición de costas en primera instancia, como tampoco en apelación. Confirmando el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contratos de permutas financieras anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en seis motivos, de los que el primero tiene un contenido y alcance meramente introductorio.

2. En los motivos segundo, tercero y sexto, la recurrente denuncia la infracción del artículo 79 bis de la LMV, la del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y del Real Decreto 629/1993; con relación a los artículos 1265, 1266, 1300 y 1303 del Código Civil.

3. Los motivos deben ser estimados.

Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera debe señalarse que constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre).

4. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos, ni con la mera firma o suscripción de los mismos.



En este sentido, 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. Por el contrario, el cliente debe poder confiar 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.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del 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 núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banco Sabadell S.A. 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.

La omisión de este deber 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, este deber 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. En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 595/2016, de 5 de octubre , ha declarado lo siguiente:

«[...]Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, 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. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo , entre otras. que 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)».

5. La estimación de los motivos señalados comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos del recurso.

6. Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta, debe prosperar el recurso de casación. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida, asumir la distancia con estimación del recurso de apelación de la demandante y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia con estimación de la demanda interpuesta.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .



2. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la demandante, la entidad Toful del Mar S.L., por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
3. La estimación del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación de la demanda, por lo que procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandada, Banco Sabadell S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC .
4. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Toful del Mar S.L, contra la sentencia dictada, con fecha 5 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 447/2012 , que casamos y anulamos y asumiendo la instancia estimamos el recurso de apelación de la demandante, Toful del Mar S.L., y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Tarragona, de 23 de marzo de 2012 , dictada en el juicio ordinario núm. 1993/2009, en el sentido de estimar la demanda interpuesta. Por lo que declaramos la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, suscrito el 28 de marzo de 2007, y la de las confirmaciones de permutas financieras suscritas el 2 de abril de 2007, el 11 de enero de 2008 y 12 de Mayo de 2008, respectivamente, con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas y con sus intereses legales desde la fecha de pago. 2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, ni de las costas de apelación. 3. Condenamos a la parte demandada a las costas de primera instancia. 4. Se ordena la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**