



Roj: **STS 1865/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1865**

Id Cendoj: **28079110012017100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **2445/2013**

Nº de Resolución: **291/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 1205/2012,**
STS 1865/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2012, dictada en recurso de apelación núm. 252/2011, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1044/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Pamplona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Hotel Sayoa S.A., representado por la procuradora Dña. Ana Gurbindo Gortari, bajo la dirección letrada de D. Eduardo Peña Fernández, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Ana Lázaro Gogorza en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A. representado por la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere bajo la dirección letrada de D. Santiago Goriba Gonzalo. Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad Hotel Sayoa S.A., representada por la procuradora Dña. Ana Gurbindo Gortari y asistido del letrado D. Eduardo Peña, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. (Banesto) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare la nulidad o anulabilidad del contrato sobre operaciones de fecha 31 de julio de 2007 y se condene a la entidad demandada al pago a mi representada de la cantidad de 13.947,61 euros, más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato hasta que el mismo sea anulado. Todo ello con intereses y con expresa imposición de las costas a la parte demandada».

2.- El demandado Banco Español de Crédito S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Miguel José Leache Resano y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Jiménez Gutiérrez, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas por la actora, acordando la condena en costas a la misma».



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Pamplona se dictó sentencia, con fecha 27 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por Hotel Sayoa S.A. representado por la procuradora Dña. Ana Gurbindo contra Banco Español de Crédito S.A. representado por el procurador D. Miguel Leache Resano debo declarar nulo el contrato sobre operaciones financieras de fecha 31 de julio de 2007 y se condene a la demandada al pago al actora de la cantidad de 13.947,61 euros más los intereses legales desde la fecha de la sentencia más las cantidades que se vayan cargando como consecuencia del contrato hasta que el mismo sea anulado y a las costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada Banco Español de Crédito S.A., la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia, con fecha 4 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

»Que estimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae revocamos la sentencia de 27 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona en el juicio ordinario núm. 1044/2010.

»Desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de Hotel Sayoa S.A. frente al Banco Español de Crédito S.A., a quien absolvemos de la demanda.

»Las costas de la primera instancia se imponen a la actora sin que proceda condena en las de esta».

TERCERO.- 1.- Por Hotel Sayoa S.A. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5), aplicables a los contratos Swap; por no ser suficiente como información relevante para entender que existe consentimiento el aviso genérico sobre riesgo de la operación.

Motivo segundo.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5), aplicables a los contratos Swap; por no regir en el ámbito que nos ocupa la llamada «auto responsabilidad» o «auto información» del contratante cliente.

Motivo tercero.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5), aplicables a los contratos Swap, y en relación con el art. 19 de la Directiva Europea 2004/39 ; por no haber proporcionado la entidad bancaria información suficiente, y en concreto, y pacíficamente, información relativa a la evolución futura de los tipos de interés; así como por no haber evaluado la entidad bancaria al cliente.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir únicamente el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Banco de Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 25 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

1. La demanda.

La demanda se interpone por una sociedad anónima contra el banco (Banco Español de Crédito, hoy Banco de Santander), sobre nulidad de un swap, por error en el consentimiento.

Contrato suscrito el 31 de julio/3 de agosto de 2007.



2. La sentencia de primera instancia. Estimó la demanda porque no se había acreditado que la demandante recibiera la suficiente información sobre el producto, sino la derivada del contrato que es insuficiente tratándose de un producto de gran complejidad.

3. La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación del banco, consideró que no había error y desestimó la demanda.

En lo esencial declaró:

- No hay prueba de que el banco hiciera firmar al cliente con engaño.
- No es un cliente experto pero tiene la capacidad suficiente para dirigir las empresas que administra.
- La información que recibió es la que detalló la empleada del banco en el juicio, pero queda relativizada por la información que deriva del propio contrato que es la primera fuente.
- Su funcionamiento no ofrece especial dificultad, las fórmulas exigen una lectura detenida para ver su alcance pero no son oscuras y contiene un aviso sobre el riesgo.
- Falta de diligencia del administrador que firmó sin comprender el contrato.
- La firma del cliente que obra en la primera página ha sido falsificada pero es irrelevante ya que en ella no hay referencias a liquidaciones o porcentajes.

4. El recurso de casación.

Se interponen por la sociedad anónima demandante, en base al interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre:

- La insuficiencia de la cláusula genérica de aviso sobre el riesgo contenida en el contrato.
- La pretendida falta de diligencia del cliente que, sin información suficiente del banco, debe procurar entender el contrato.
- La información del banco debe incluir las previsiones de evolución del índice de referencia.

SEGUNDO .- El contrato de swap se formalizó en relación con un préstamo hipotecario para la adquisición de la finca urbana en la que se encontraba el asador Erreleku en el que trabaja y regenta el Sr. Carlos Alberto representante legal de la sociedad demandante.

De los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no se deduce que el Sr. Carlos Alberto , trabajador de hostelería y empresario, goce de conocimientos financieros ni que disfrute de asesoramiento especializado en esa materia.

TERCERO .- *Motivos del recurso.*

Motivo primero.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5), aplicables a los contratos Swap; por no ser suficiente como información relevante para entender que existe consentimiento el aviso genérico sobre riesgo de la operación.

Motivo segundo.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5), aplicables a los contratos Swap; por no regir en el ámbito que nos ocupa la llamada «auto responsabilidad» o «auto información» del contratante cliente.

Motivo tercero.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5), aplicables a los contratos Swap, y en relación con el art. 19 de la Directiva Europea 2004/39 ; por no haber proporcionado la entidad bancaria información suficiente, y en concreto, y pacíficamente, información relativa a la evolución futura de los tipos de interés; así como por no haber evaluado la entidad bancaria al cliente.

Se estiman los motivos.

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

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como 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.



2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser 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. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

QUINTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo



que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 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.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor 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 1.ª 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 el Banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 27 de abril de 2011 en autos de juicio ordinario núm. 1044/2010 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona, por concurrencia de error (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

SEXTO .- Costas.

Estimado el recurso de casación no se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del mismo, procediéndose a la devolución del depósito para recurrir.

Se imponen a la parte demandada las costas del recurso de apelación (arts. 394 y 398 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 Hotel Sayoa S.A. contra sentencia de 4 de diciembre de 2012, del recurso de apelación núm. 252/2011, de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra .

2.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 27 de abril de 2011 en autos de juicio ordinario núm. 1044/2010 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona. **3.º-** Estimado el recurso de casación no se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del mismo, procediéndose a la devolución del depósito para recurrir. **4.º-** Se imponen a la parte demandada



las costas del recurso de apelación. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ