



Roj: **STS 1895/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1895**

Id Cendoj: **28079110012017100291**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **2678/2014**

Nº de Resolución: **300/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11005/2014,**
STS 1895/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 16 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 736/2013, de la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1028/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 60 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Zirref S.L., representado en primera y segunda instancia por la procuradora Dña. Gemma Muñoz San José, bajo la dirección letrada de Dña. Gemma Fradera Mula, compareciendo en este Tribunal la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Catalunya Banc S.A. representada por el procurador D. Armando García de la Calle bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Zirref S.L., representado por la procuradora Dña. Gema Muñoz Sanjosé y asistido de la letrada Dña. Gemma Fradera Mula, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis de Catalunya (Caixa Catalunya) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando la demanda formulada:

»a) Se declare nulo el contrato marco de operaciones financieras y orden firme de contratación de swap creciente, ambos de fecha 10 de enero de 2007 y la confirmación de swap creciente de fecha 26 de enero de 2007, suscritos entre la mercantil Zirref y la demandada Caixa Catalunya.

»b) Se condene a Caixa Catalunya a restituir a mi mandante las cantidades resultantes a su favor, tras realizar la compensación entre las prestaciones recíprocas que hay que restituir junto con sus correspondientes intereses, los cuales deben ser calculados desde el momento en el que comenzaron a generarse cantidades a favor de la entidad bancaria por razón de la ejecución del contrato declarado nulo.

»c) Con la condena en costas del procedimiento a la entidad Caixa Catalunya».

2.- Catalunya Banc S.A. se persona como sucesora universal de Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa, en calidad de demanda y contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Armando García de la Calle y bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:



«Por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas a la demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 60 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 19 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo estimar y estimo la demanda planteada por la procuradora Sra. Muñoz Sanjosé en la representación de Zirref S.L. frente a la entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya y:

»a) Declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y orden firme de contratación de swap creciente, ambos de fecha 10 de enero de 2007, y la confirmación de swap creciente, de fecha 26 de enero de 2007, suscritos entre las partes;

»b) Condeno a la demandada al reintegro a la actora de las cantidades resultantes a su favor, tras realizar las compensaciones recíprocas que hay que restituir con sus intereses.

»c) Todo ello con expresa imposición de las costas del procedimiento a la demandada».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 22 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada, en fecha diecinueve de septiembre de dos mil trece, por el Juzgado de Primera Instancia número sesenta de los de Madrid, en el proceso declarativo sustanciado por los trámites del juicio ordinario ante dicho órgano judicial bajo el número de registro 1028/2012 (rollo de sala núm. 736/2013), y en su virtud,

»Primero.- Revocar, y dejar totalmente sin efecto, la meritada sentencia apelada.

»Segundo.- Desestimar la demanda interpuesta por la entidad mercantil Zirref S.L., representada por la procuradora Dña. Gemma Muñoz San José, contra la entidad mercantil Caixa D'Estalvis de Catalunya - actualmente Catalunya Banc, S.A., representada por el procurador D. Armando García de la Calle.

»Tercero.- Absolver a la expresada entidad demandada, Catalunya Banc S.A. de la pretensión objeto de la antedicha demanda y de todos los pedimentos formulados en ella en su contra.

»Cuarto.- No hacer expresa y especial imposición a ninguna de las litigantes de las costas causadas en ambas instancias del proceso, debiendo, en consecuencia, cada una de las partes abonar las devengadas a su instancia y las comunes por mitad.

»Quinto.- Devolver a la parte recurrente el depósito en su día constituido para la interposición del recurso».

TERCERO.- 1.- Por Zirref S.L. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina sobre el deber del banco de haber informado al cliente antes de la perfección del contrato recogida en la sentencia 384/2014, de 7 de julio y la sentencia 840/2013, de 20 de enero, sentencia 2666/2014, de 8 de julio, sentencia 660/2012, de 15 de noviembre, referida a un contrato de permuta financiera y demás jurisprudencia en ella citada que declara la nulidad de los contratos de permuta financiera, resolviendo que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva automáticamente a la existencia del error en el consentimiento por parte del inversor, pero que las dudas que puedan producirse deben resolverse a favor del inversor.

Mediante este primer motivo se denuncia que la Audiencia Provincial en la sentencia dictada ha infringido la doctrina establecida en las sentencias mencionadas en relación con la aplicación de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, y del art. 7 del mismo cuerpo legal y el art. 79 bis de la ley de Mercado de Valores de 24/1998, los arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, en tanto que en contra de lo establecido en dichas sentencias no ha declarado la existencia de un incumplimiento del deber de información, causante de un error inexcusable en el cliente, y como consecuencia de la no declaración un incumplimiento de los deberes de información (Fj sexto. 1) como aplicables por la propia sentencia; Art. 79 bis de la LMV y 4 y 5 del RD 629/1993, de 3 de mayo, así como el art. 7 del CC.

Motivo segundo.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida, en tanto que la sentencia recurrida resuelve cuestiones sobre las que, a juicio de esta parte, existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, con el fin de que el Tribunal Supremo fije la doctrina contenida en las sentencias de la Sección Cuarta de Barcelona



que sigue un criterio diferente a la ahora recurrida así como del de las sentencias de la Sección Undécima de Barcelona.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 20 de julio de 2016, se acordó admitir el recurso 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 el procurador D. Armando García de la Calle, en nombre y representación de Catalunya Banc 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 10 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

En la demanda origen del presente recurso, se ejercita acción de nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y un contrato de permuta de tipos de interés, de fechas 10 de enero de 2007 y 26 de enero de 2007, vinculado a un préstamo hipotecario de 400.000 euros, por falta de información que generó el error en la contratación.

En la oferta vinculante que efectuó el banco no existía ninguna mención al contrato de swap lo que motivo que el Banco de España, ante la queja de la sociedad demandante, estimara que el banco había actuado con falta de transparencia.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda al entender que concurría error excusable por falta de información clara y precisa. Añadió que se trataba de una pequeña empresa familiar en la que el administrador único es de profesión tornero. Igualmente menciona que de la prueba pericial de la actora se deduce que el único riesgo era para el demandante, dado que por la previsiones existentes no había riesgo de que el euribor subiese y, sin embargo sí era esperable su bajada.

La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación al entender que el contenido contractual ofrecía claridad suficiente, unido a que una adecuada diligencia de la demandante habría exigido que no hubiese contratado si entendía que carecía de información suficiente.

SEGUNDO.- *Contrato de confirmación de swap de 26 de enero de 2007.*

En el referido contrato consta lo siguiente:

«2. Condiciones del Producto: Liquidaciones:

»Abonos:

»Caixa Catalunya abonará en la cuenta de liquidaciones del Cliente, en las fechas de liquidación, el importe resultante de aplicar el tipo euribor 12 meses, que esté fijado en el periodo de cálculo, al nominal vigente de la operación durante el periodo de liquidación correspondiente.

»Cargos:

»Caixa Catalunya cargará en la cuenta de liquidaciones del cliente, en las fechas de liquidación, el importe resultante de aplicar el tipo ver anexo I - cuadro de flujos al nominal vigente de la operación durante el periodo de liquidación correspondiente.

»Estas liquidaciones se harán efectivas por el importe neto de ambas.

»Cuando se produzca una fijación del tipo variable establecido, Caixa Catalunya enviará al cliente la correspondiente notificación indicando el tipo fijado y las liquidaciones resultantes para dicho periodo de fijación».

TERCERO.- *Motivos primero y segundo.*

Motivo primero.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina sobre el deber del banco de haber informado al cliente antes de la perfección del contrato recogida en la sentencia 384/2014, de 7 de julio y la sentencia 840/2013, de 20 de enero, sentencia 2666/2014, de 8 de julio, sentencia 660/2012, de 15 de noviembre, referida a un contrato de permuta financiera y demás jurisprudencia en ella citada, que declara la nulidad de los contratos de permuta financiera, resolviendo que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva automáticamente a



la existencia del error en el consentimiento por parte del inversor, pero que las dudas que puedan producirse deben resolverse a favor del inversor.

Mediante este primer motivo se denuncia que la Audiencia Provincial en la sentencia dictada ha infringido la doctrina establecida en las sentencias mencionadas en relación con la aplicación de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, y del art. 7 del mismo cuerpo legal y el art. 79 bis de la ley de Mercado de Valores de 24/1998, los arts. 4 y 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, en tanto que en contra de lo establecido en dichas sentencias no ha declarado la existencia de un incumplimiento del deber de información, causante de un error inexcusable en el cliente, y como consecuencia de la no declaración un incumplimiento de los deberes de información (Fj sexto. 1) como aplicables por la propia sentencia; Art. 79 bis de la LMV y 4 y 5 del RD 629/1993, de 3 de mayo, así como el art. 7 del CC.

Motivo segundo.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida, en tanto que la sentencia recurrida resuelve cuestiones sobre las que, a juicio de esta parte, existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, con el fin de que el Tribunal Supremo fije la doctrina contenida en las sentencias de la Sección Cuarta de Barcelona que sigue un criterio diferente a la ahora recurrida así como del de las sentencias de la Sección Undécima de Barcelona.

CUARTO.- Causas de inadmisibilidad.

Procede rechazar la causa de inadmisibilidad, dado que:

1. El interés casacional es evidente dada la reiterada jurisprudencia que invoca, cuya línea se inicia con la sentencia de 20 de enero de 2014.
2. No consta que se alteren en el recurso los hechos declarados probados en la sentencia recurrida.
3. No se pretende introducir la carga de la prueba en el recurso de casación, sino hacer mención de la obligación de información del banco, marcada en el RD 629/1993, que se invoca.

QUINTO.- Decisión de la sala.

Se estima el motivo primero, por lo que no se considera necesario el análisis del motivo segundo.

De la redacción de las cláusulas antes transcritas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo, máxime cuando el propio servicio de quejas del Banco de España reconoció que la actuación del banco fue poco transparente.

Examinado el contrato no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección a la persona jurídica pues la diatriba no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

SEXTO.- 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».

SÉPTIMO.- *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 confirmar la sentencia del juzgado de primera instancia en todos sus extremos (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

OCTAVO.- Se imponen a la demandada las costas de la apelación (arts. 394 y 398 LEC).

No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir.

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 Zirref S.L. contra sentencia de 22 de julio de 2014, recurso de apelación núm. 736/2013, de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid. **2.º-** Casar la sentencia y, en su lugar, confirmar la dictada en primera instancia con fecha 19 de septiembre de 2013, en autos de juicio ordinario núm. 1028/2012 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 60 de Madrid. **3.º-** Se imponen a la demandada las costas de la apelación. **4.º-** No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir. 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.