



Roj: **STS 2159/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2159**

Id Cendoj: **28079110012017100337**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2017**

Nº de Recurso: **1973/2014**

Nº de Resolución: **349/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10823/2014,**
STS 2159/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 1 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la compañía mercantil Río Cuervo y Tajo S.A., representada por la procuradora D.ª María Carmen Hondarza Ugedo, bajo la dirección letrada de D.ª Almudena Velázquez Cobos, contra la sentencia núm. 213/2014 dictada por la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 712/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 997/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid. Sobre nulidad de contratos de cobertura de tipos de interés. Ha sido parte recurrida Abanca Corporación Bancaria S.A. (antes NCG BANCO S.A.), representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D. Luis Piñeiro Santos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Carmen Hondarza Ugedo, en nombre y representación de la compañía mercantil Río Cuervo y Tajo S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra NCG BANCO S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«1.- Declare la nulidad del CONTRATO DE COBERTURA DE TIPO DE INTERÉS suscrito el día 28 de octubre de 2008 e identificado con número de operación 43125046.

»2.- Condene a NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A. (CAIXA GALICIA) al pago a favor de mi mandante de la cantidad de SETENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (75.046,79 ?) más todas aquellas cantidades que como liquidaciones anuales se vayan pagando por mi representada hasta la resolución definitiva del pleito y la nulidad de las cláusulas financieras 2 y 7 de los créditos con garantía hipotecaria suscritos en fecha 27 de enero de 2011 y 31 de mayo de 2012, que establecen la disposición de parte del importe concedido a crédito para el pago de la permuta, identificada bajo el número de operación 43125046, manteniendo el resto de su clausulado inalterado en virtud del principio de conservación de actos, según ha sido explicado en el expositivo de esta demanda y justificado en el Fundamento Jurídico VI, C), página 53.

»3.- Subsidiariamente, para el caso de que no estimara la petición de nulidad, declare válidamente resuelto el contrato referido.



»4.- De conformidad con el pronunciamiento resolutorio, condene a NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A. (CAIXA GALICIA) al pago de la cantidad de SETENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (75.046,79 ?) más todas aquellas cantidades que como liquidaciones semestrales se vayan pagando por mi representado hasta la resolución definitiva del pleito, o la que prudencialmente estime SS^a y declare la ineficacia de las cláusulas financieras 2 y 7 de los créditos con garantía hipotecaria suscritos en fecha 27 de enero de 2011 y 31 de mayo de 2012, que estable la disposición de parte del importe concedido a crédito para el pago de la permuta, identificada bajo el número de operación 43125046, manteniendo el resto de su clausulado inalterado según ha sido expuesto en el Fundamento Jurídico VI, F), página 56.

»5.- En cualquiera de los dos casos (declaración de nulidad o subsidiaria resolución) condene a la demandada a abonar a mi poderdante los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, y, a partir de la sentencia, el interés legal incrementado en dos puntos.

»6.- Condene igualmente a la demandada al pago de las costas de este procedimiento aun en el caso de estimación parcial, con expresa declaración de temeridad y mala fe».

2.- La demanda fue presentada el 9 de julio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid, fue admitida a trámite y se emplazó a la parte demandada

3.- El procurador D. Rafael Silva López, en representación de NCG BANCO S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«Que, teniendo por presentado este escrito con las manifestaciones que en el mismo se contiene y junto con los documentos que al mismo se acompañan, se sirva admitirlo, y acuerde tener por contestada en tiempo y forma la demanda y por parte en la misma al procurador firmante de este escrito, en la representación acreditada y, en su día, previa la tramitación pertinente, se dicte sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda presentada por la actora absolviendo a mi representada de todos y cada uno de los pedimentos que se efectúan, con expresa condena en costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Madrid dictó sentencia de fecha 25 de junio de 2013 , con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO la demanda formulada por RIO CUERVO Y TAJO S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Doña María Carmen Hondarza Ugedo contra NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A. representada por el Procurador Don Rafael Silva López debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés suscrito por las partes en fecha 28-10-08 e identificado con el n.º de operación 43215046 CONDENANDO a NOVA CAIXA GALICIA BANCO S.A. al pago de 75.046,79 euros de principal, más todas aquellas cantidades que, como liquidaciones anuales, se fueran pagando por la actora hasta la resolución definitiva del pleito. Asimismo, se DECLARA la nulidad de las cláusulas financieras 2 y 7 de los créditos con garantía hipotecaria suscritos en fecha 27-01-11 y 31-06-12, que establecen la disposición de parte del importe concedido a crédito para el pago de la permuta, identificada bajo el n.º 43125046, debiendo mantenerse el resto de su clausulado inalterado en virtud del principio de conservación de actos.

»Procede condenar a la demandada al pago de los intereses legales correspondientes a las cantidades expuestas desde la fecha de la presentación de la Demanda y hasta su completo pago, y todo ello con expresa imposición a aquella de las costas procesales».

Con fecha 30 de julio de 2013 se dictó auto de aclaración de la referida sentencia con la siguiente parte dispositiva:

«Se estima la pretensión formulada por el procurador D. Rafael Silva López en nombre y representación de NCG Banco S.A. debiendo ser subsanada la sentencia de fecha 25/06/13 dictada en las presentes actuaciones en el sentido de hacer constar que "las cláusulas financieras cuya nulidad se declaran son Cláusula Financiera Primera en sus apartados 2, 3 y 2.12 de la Escritura de Crédito con Garantía Hipotecaria de 27/01/2011 y la Cláusula Financiera Primera en sus apartados 2.2 y 2.7 de la Escritura de Crédito con Garantía Hipotecaria de 31&#amp;#95;2012" y todo ello sin hacer expresa condena en cuando a las costas causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG BANCO S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 712/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 30 de mayo de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la demandada NOVA CAIXA GALICIA, por lo que se revoca la sentencia de 25 de junio de 2013 , aclarada por Auto de 30 de julio de 2013, del Juzgado de 1.ª



Instancia n.º 5 de Madrid , dictada en el juicio ordinario n.º 997/12, acordando en su lugar la desestimación de la demanda sin expresa imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias a ninguna de las partes, y con devolución del depósito para recurrir a la parte apelante».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª María Carmen Hondarza Ugedo, en representación de la mercantil Río Cuervo y Tajo S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo Primero: Al amparo del artículo 477.2-3.ª de la LEC , por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil . Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del **Tribunal Supremo** .

»Motivo segundo: Al amparo del artículo 477.2-3.º de la LEC , en relación al motivo segundo de admisibilidad: por la existencia de contradicción de la Sentencia que se recurre con la dictada por el Pleno de la **Sala de lo Civil** de este Excmo. Tribunal Supremo en fecha 20 de enero de 2014, con n.º 840/2013 (recurso n.º 879/2013, ROJ STS 354/2014) que se aporta como documento n.º5 y existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones resueltos por la sentencia recurrida.

»Motivo tercero. Y, subsidiariamente del anterior, en relación al Motivo Tercero de Admisibilidad, la excepción de notoriedad con la que se acompañan las Sentencias que comprenden los documentos n.º 16 a 25».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Río Cuervo y Tajo S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia el 30 de mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, en el rollo de apelación n.º 712/2013 , dimanante del juicio ordinario 997/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid.

»2. Abrir el plazo de veinte días a contar desde la notificación de este auto para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.-*

1.- El 28 de octubre de 2008, la compañía mercantil Río Cuervo y Tajo S.A. suscribió con Nova Caixa Galicia Banco S.A. (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A.) un contrato de cobertura de tipos de interés, con un nominal de 862.200 €, fecha de inicio 29 de octubre de 2008, fecha de vencimiento 29 de octubre de 2012 y liquidaciones trimestrales.

2.- Durante la ejecución del contrato se giraron liquidaciones negativas para el cliente por un importe total de 75.046,79 €. Para cuyo pago se suscribieron sendos contratos de crédito con garantía hipotecaria el 27 de enero de 2011 y el 31 de mayo de 2012, cuyos importes se dedicaron parcialmente a tales abonos.

3.- Río Cuervo y Tajo S.A. formuló una demanda contra NCG Banco, en la que solicitaba la nulidad del contrato de permuta financiera por error en el consentimiento, así como de las cláusulas de los contratos de crédito hipotecario que establecían la disposición de parte del importe concedido para su aplicación a las liquidaciones negativas del contrato de permuta financiera; y, subsidiariamente, la resolución del mencionado contrato y de las indicadas cláusulas.



4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato de permuta financiera, así como de las dos cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad financiera, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La demandante no es consumidora, ni tampoco puede ser considerada cliente minorista, por dedicarse a la inversión inmobiliaria; (ii) La información contenida en el propio contrato era suficiente; (iii) El administrador de la sociedad tenía un deber de diligencia que le obligaba a informarse y asesorarse sobre el producto; (iv) El error podría haberse evitado con una diligencia media y con la simple lectura del contrato; (v) La infracción de la normativa MiFID no acarrea la nulidad del contrato. Como consecuencia de lo cual, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Admisibilidad.*

1.- El recurso de casación por interés casacional se formula en tres motivos. En el primero, se denuncia infracción del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV) y de los arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de inversión, en relación con el art. 6.3 CC.

En el segundo, se alega infracción de la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, en relación con los arts. 79 bis de LMV, 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de inversión, y 1265 y 1266 CC.

En el tercero, subsidiario al segundo, se alega la excepción de notoriedad.

2.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida solicitó la inadmisión del recurso, por tres razones fundamentales: (i) Alegación de un conjunto indiscriminado de normas, sin referencia concreta a la infracción cometida; (ii) El recurso hace supuesto de la cuestión y pretende alterar la base fáctica de la sentencia recurrida; (iii) No se justifica el interés casacional.

3.- Respecto de la primera objeción, el recurso de casación identifica en el encabezamiento de sus dos primeros motivos las normas jurídicas supuestamente infringidas y las relaciona con la ausencia de la debida información sobre la naturaleza y riesgos de los productos financieros objeto de litigio. A su vez, el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes, y como ha resuelto el Tribunal Supremo, cuyas sentencias también se invocan como infringidas. Lo cual ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

No obstante, ha de advertirse que el tercer motivo no es propiamente un motivo de casación, sino una justificación de la procedencia del cauce casacional elegido. Por lo que, realmente, el recurso de casación se ciñe a los dos primeros motivos, que serán los que se examinen a continuación.

TERCERO.- *Primer motivo del recurso de casación. Infracción de normativa imperativa. Art. 6.3 CC.*

Planteamiento :

1.- Río Cuervo formuló un primer motivo de casación, en el que alegó incorrecta interpretación e inaplicación del art. 79 bis LMV y de los arts. 60 a 70 RD 217/2008, en relación con el art. 6.3 CC. Cita como infringidas las sentencias de esta Sala de 1 de marzo de 2012, 7 de octubre de 2011 y 14 de julio de 2010.

2.- En el desarrollo del motivo, se aduce, resumidamente, que la legislación del mercado de valores contiene una normativa de carácter imperativo cuya contravención conlleva la nulidad radical de los actos y contratos celebrados.

Decisión de la Sala :

1.- En la sentencia 106/2017, de 17 de febrero, hemos compendiado las razones por las que se han desestimado en otras varias ocasiones motivos de casación prácticamente idénticos a éste:

«Para desestimar el motivo basta recordar la jurisprudencia reiterada de esta sala de que el incumplimiento de los deberes de información que el art. 79 bis LMV impone en caso de contratación de productos financieros complejos con clientes minoristas, no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato.

»En la sentencia 380/2016, de 3 de junio, afirmamos que «la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio». En esa sentencia transcribíamos el razonamiento que habíamos expuesto en la anterior sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, para justificarlo:



«(L)a normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art . 6.3 CC .

»Conforme al art. 6.3 CC , "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007 , al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)».

2.- Como consecuencia de lo expuesto, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

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

1.- El motivo segundo de casación denuncia infracción de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en relación con los arts. 79 bis LMV, 60 a 70 RD 217/2008 y 1265 y 1266 CC .

En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que los indicados preceptos de la LMV y su Real Decreto de desarrollo imponen unas severas obligaciones de información precontractual, cuyo incumplimiento puede incidir en la apreciación de error en el consentimiento.

2.- 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

3.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa



sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/2016, de 25 de febrero).

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 ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; 727/2016, de 19 de diciembre ; y 131/2017, de 27 de febrero).

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 del contrato litigioso; 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 llega a afirmar que se ofreciera información al cliente, sino que únicamente presume que, como se trata de una sociedad anónima dedicada a la inversión inmobiliaria tendría que tener conocimientos financieros para comprender el producto. Y afirma erróneamente que era al cliente a quien competía asesorarse.

En todo caso, lo más significativo es que no se da como probado que el cliente fuera debidamente informado y advertido, expresa y suficientemente, con la antelación debida, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas abruptas y continuadas del euríbor.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. 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 núm. 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 -activa y no de mera disponibilidad- 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.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo , y hemos reiterados en otras muchas posteriores, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en



particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajadas abruptas y continuadas de los tipos de interés 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 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». No se trata de que NCG 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 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.

SEXTO.- *Estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia. Recurso de apelación.*

1.- 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 segundo motivo del recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad de servicios de inversión.

2.- El recurso de apelación de NCG se basaba en los siguientes motivos: (i) Error en la valoración de la prueba sobre apreciación del error invencible en el consentimiento contractual; (ii) Falta de apreciación de la doctrina de los actos propios del cliente, en tanto que recibió las liquidaciones positivas sin protesta alguna y solicitó dos créditos con garantía hipotecaria para refinanciar deudas no satisfechas, entre ellas, las derivadas de las liquidaciones negativas del contrato de permuta financiera; (iii) Inexistencia de contravención de la normativa del mercado de valores; (iv) Improcedencia de la nulidad de las cláusulas financieras de los contratos de crédito con garantía hipotecaria para abono de las liquidaciones negativas.

3.- Las alegaciones relativas a la existencia de error vicio del consentimiento y contravención de la normativa del mercado de valores pueden darse por resueltas mediante los razonamientos expresados para resolver el segundo motivo del recurso de casación, a los que nos remitimos para evitar inútiles reiteraciones. Por lo que únicamente serán objeto de tratamiento especial los motivos de apelación referidos a los actos propios de la demandante y la nulidad de las cláusulas financieras de los contratos de crédito hipotecario.

SÉPTIMO.- *Inexistencia de actos propios confirmatorios del contrato.*

1.- En relación con la posible confirmación de contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por las sentencias de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero, 503/2016, de 19 de julio, 691/2016, de 23 de noviembre, y 11/2017, de 13 de enero.

Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

2.- Además, al existir error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el



conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por suscribir unos contratos de crédito con garantía hipotecaria para refinanciar varias deudas con la entidad financiera, inclusive las contraídas por las liquidaciones negativas del swap, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria o una reclamación de las cantidades pendientes por liquidaciones negativas. Por lo que no resulta de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1310, 1311 y 1313 CC.

3.- Hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1311 del Código Civil (sentencias 924/1998, de 14 de octubre, y 535/2015, de 15 de octubre). Por lo que no concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC. Razones por las cuales este motivo de apelación debe decaer.

OCTAVO.- *Improcedencia de la nulidad parcial de los contratos de crédito con garantía hipotecaria. Carencia de efecto útil de tal pronunciamiento.*

1.- Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, cuando concurre error en el consentimiento, el defecto afecta a todo el contrato, por lo que no cabe la posibilidad de que se anule solamente una parte del mismo (por ejemplo, sentencias 380/2016, de 3 de junio, 450/2016, de 1 de julio, y 82/2017, de 14 de febrero), en este caso los pronunciamientos en tal sentido, referidos a la nulidad de las cláusulas de los contratos de crédito con garantía hipotecaria que permitían al prestamista dedicar parte de las sumas prestadas al pago de las liquidaciones negativas del contrato de swap, contenidos en la sentencia de primera instancia (y en el auto que la aclaró) son completamente superfluos. Y ello, porque no había necesidad alguna de solicitar la nulidad de tales previsiones contractuales, ni por tanto de concederla en la sentencia, habida cuenta que la restitución de las prestaciones que conlleva la nulidad del contrato de swap abarca la de todas las cantidades abonadas por ambas partes, con sus respectivos intereses, conforme al art. 1303 CC.

2.- Como consecuencia de lo cual, aunque la parte apelante pudiera llevar razón sobre la improcedencia del mencionado pronunciamiento específico o complementario de nulidad de las indicadas cláusulas, tal apreciación carece de efecto útil, por cuanto las cantidades dispuestas por la entidad bancaria en aplicación de esas cláusulas deben ser restituidas una vez declarada la nulidad del contrato de permuta financiera.

Por lo que el recurso de apelación de la parte demandada ha de ser totalmente desestimado.

NOVENO.- *Costas y depósitos.*

1.- Al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, conforme previene el art. 398.2 LEC.

2.- A su vez, la desestimación del recurso de apelación implica que deban imponerse a la parte apelante las costas causadas por el mismo, según establece el art. 398.1 LEC.

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con 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 compañía mercantil Río Cuervo y Tajo S.A. contra la sentencia núm. 213/2014, de 30 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, en el recurso de apelación núm. 712/2013. **2.-** Casar y anular dicha sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por NCG Banco S.A. (actualmente, Abanca Corporación Bancaria S.A.), contra la sentencia de 25 de junio de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid, en el juicio ordinario núm. 997/2012. **3.-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso casación. **4.-** Imponer a Abanca Corporación Bancaria S.A. las costas causadas por el recurso de apelación. **5.-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el 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