



Roj: **STS 2266/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2266**

Id Cendoj: **28079110012017100358**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **1577/2014**

Nº de Resolución: **369/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 656/2014,**
STS 2266/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 5972014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1191/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Zaragoza, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Raúl Jiménez Alfaro en nombre y representación de la mercantil Cinat S.L. en concurso de acreedores, con la autorización de la Administradora concursal doña Raquel , compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Isabel Campillo García en calidad de recurrente y la procuradora doña Blanca M. Grande Pesquero en nombre y representación de Banco de 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 Raúl Jiménez Alfaro, en nombre y representación de la mercantil Cinat S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, asistido de la letrada doña M.ª Virginia Jiménez Alfaro contra Banco Sabadell Atlántico y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«A).- Se declaren nulos los contratos marco de operaciones financieras junto con la solicitud de contratación de producto derivado suscrito 30 de enero de 2.007 así como la confirmación con fecha de operación 6 de marzo de 2.007 y número de operación 961217242864.

»B).- Se declare Nulo la solicitud de contratación de producto derivado de fecha 1 de abril de 2.009, así como la confirmación de contrataciones de fecha 4 de mayo de 2.009, con número de contrato 937000464166.

»C).- Se condene a BANCO SABADELL ATLÁNTICO al pago de CUARENTA Y CINCO MIL DIECIOCHO EUROS CON SESENTA Y CUATRO (45.018,64) correspondientes a la retrocesión del estado de ambas partes al momento anterior a la contratación, así como las liquidaciones que se generen hasta la nulidad del contrato y el cese efectivo de las mismas.

»D).- Se condene a BANCO SABADELL ATLÁNTICO a que abone a mi representada los intereses legales desde la interposición de la demanda y el interés más dos puntos desde Sentencia y hasta su completo pago.

»E) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales».



SEGUNDO .- La procuradora doña María Luisa Hueto Sáenz, en nombre y representación de Banco de Sabadell S.A., y asistido del letrado don Patxi López de Tejada Flores 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:

«Desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

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 11 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, estimando la demanda promovida en JUICIO ORDINARIO N°1191/C-2012, instado por el Procurador Sr. Jiménez Alfaro, en nombre y representación de CINAT, S.L.- en situación de Concurso de Acreedores-, contra BANCO SABADELL ATLÁNTICO, representado por la Procuradora Sra. Hueto, DEBO DECLARAR Y DECLARO NULOS los contratos marco de operaciones financieras junto con la solicitud de contratación de producto derivado suscrito el 30 de Enero de 2007, así como la confirmación con fecha 6 de Marzo de 2007, número 961217242864.

»Asimismo, DEBO DECLARAR Y DECLARO NULA la solicitud de producto derivado de fecha 1 de Abril de 2009, y la confirmación de contratación de 4 de Mayo de 2009, número 937000464166».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«QUE, estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Hueto Sáenz, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veintisiete de noviembre de dos mil trece por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número ONCE de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la revocamos, y así desestimamos la demanda entablada por la entidad mercantil «CINAT, S. L.» contra la también mercantil «BANCO SABADELL» y le absolvemos de las pretensiones en su contra ejercitadas, imponiendo a la actora las costas de la primera instancia, sin costas de la alzada.

»Procédase a la devolución del depósito interpuesto dada la estimación del recurso».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Cinat S.L. en Concurso de Acreedores. El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 74 RD 217/2008, de 15 de febrero , artículo 64 RD 217/2008 y artículo 78 y ss. de la Ley 47/200 . Segundo.- Infracción del artículo 1255 del Código Civil y 1288 del mismo cuerpo legal . Tercero.- Y con relación al error vicio en el consentimiento y todo ello como consecuencia del incumplimiento del deber de los deberes de información, jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencia de 20 de enero de 2014 , que recoge el apartado 10, 11 y 12 de la referida sentencia.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó la admisión del recurso 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 18 de mayo 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 de permuta financiera y de su posterior reestructuración.

La suscripción del contrato de permuta financiera fue anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MIFID y la reestructuración, con suscripción de una nueva permuta, posterior a dicha incorporación.

2. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

l) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.



II) No se ha acreditado la entrega al cliente de un folleto explicativo del producto. Tampoco hay constancia de que se hubiesen realizado simulaciones acerca de su funcionamiento y aplicación práctica.

III) Tanto en la suscripción del producto financiero, como en su posterior reestructuración, el contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y sus respectivas confirmaciones contenían una información genérica del producto financiero, con referencia, estas últimas, a un sistema de liquidaciones abierto tanto a si el cliente «paga», o si «recibe».

IV) Los documentos de confirmación contenían unas cláusulas similares en donde el cliente reconocía haber sido informado acerca del funcionamiento del producto financiero y haber comprendido los términos y condiciones de la operación realizada.

3. En síntesis, el 6 de marzo de 2007, la entidad Cinat S.L., empresa dedicada a la construcción y a la comercialización de productos para la construcción, suscribió, a instancia del Banco Sabadell Atlántico S.A. (mas adelante, Banco Sabadell S.A.), un contrato de permuta financiera de «tipos de interés fijo creciente convertible a variable», por un importe de 600.000 €, con fecha de inicio del 15 de marzo de 2007 y vencimiento el 15 de marzo de 2010. El CMOF tuvo fecha de 30 de enero de 2007.

Con fecha de 1 de abril de 2009 se formalizó la cancelación del anterior swap y la solicitud de uno nuevo que se suscribió el 4 de mayo de 2009, bajo la modalidad «swap de tipos de interés con dos niveles», por idéntico importe nominal y con fecha de inicio de 30 de junio de 2009 y vencimiento de 20 de junio de 2014.

La ejecución de estos productos financieros comportó que el cliente, en el período de junio de 2007 a diciembre de 2008, recibiera una liquidación positiva por importe de 2433,56 €, y desde el término de dicho periodo unas liquidaciones negativas por importe de 60.314,49 €.

4. En este contexto, la entidad Cinat S.L., presentó una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaba la nulidad de los referidos contratos por error vicio en el consentimiento prestado.

La entidad bancaria se opuso a la demanda y solicitó la desestimación de la demanda.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró, dada la complejidad del producto financiero, que la información facilitada por la entidad bancaria fue «escasa, inapropiada e insuficiente». No consideró determinante que el cliente hubiese podido asistir a la entidad bancaria, en alguna ocasión, acompañado de un letrado.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia.

En síntesis, consideró la inexistencia de un error invalidante del consentimiento sobre la base de que el cliente, en un breve lapso de tiempo, procedió a la renovación de la permuta inicial por otra de similares características sin emplear la mínima atención y diligencia exigible a un representante legal de la empresa, con posible ayuda externa (contable o auxiliar administrativo). Además de que contó con una asistencia letrada, que bien pudo asesorarle, y con la expresa advertencia del riesgo de la operación en la documentación de los contratos.

7. 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 de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Reestructuración de la permuta financiera inicialmente suscrita. Presencia de un letrado.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. En el motivo primero y tercero del recurso, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 64 y 74 del RD 217/2008, de 15 febrero, así como de los artículos 78 y ss. de la Ley 47/2008. Todo ello con relación al error vicio en el consentimiento prestado y la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014.

3. Los motivos deben ser estimados.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis. 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 prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y



los concretos riesgos que 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 tampoco con la sola firma 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 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.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del 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. No se trata de que el Banco Sabadell Atlántico 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. 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. En todo caso, y en la línea de lo declarado por esta sala en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo , entre otras, hay que destacar que no basta, por sí solo, con que el cliente tenga los conocimientos usuales del mundo de la empresa, por su condición de gerente, para que pueda excluirse la existencia de error y, en su caso, considerar que el mismo fue inexcusable; pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos.

Conocimiento que tampoco puede presumirse por el hecho de que el cliente asistiera a alguna reunión con la compañía de un letrado, que no se ha acreditado que tuviera conocimientos especializados en la contratación de estos productos financieros, o que tuviera experiencia previa al respecto.

6. Por otra parte, como hemos declarado en la sentencia 503/2016, de 19 de julio , el encadenamiento de diversos contratos, o la reestructuración del contrato suscrito, no debe ser considerado, por sí solo, un acto convalidante del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento prestado. Sobre todo, en el presente caso, en donde la referida reestructuración no supuso un plus de información que pudiera sanar el error del consentimiento que inicialmente tuvo el cliente.

7. La estimación de los motivos indicados comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del motivo segundo del recurso.

8. En consecuencia, tras la estimación del recurso de casación procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Banco Sabadell S.A., contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.



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, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Sabadell S.A., por lo que procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
3. 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 Cinat S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 15 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, en el rollo de apelación número 59/2014 , que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Sabadell S.A., para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza, de 27 de noviembre de 2013 , dictada en el juicio ordinario núm. 1191/2012. 2. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 3. Imponer las costas de la apelación a la parte demandada apelante. 4. Ordenar 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres