



Roj: **STS 3756/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3756**

Id Cendoj: **28079110012019100606**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2019**

Nº de Recurso: **1498/2017**

Nº de Resolución: **618/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 3278/2016,**  
**STS 3756/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 618/2019**

Fecha de sentencia: 19/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1498/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1498/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 618/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 19 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria, S.A., representada por el procurador D. Rafael Silva López, bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Canle Fernández, y el recurso de casación interpuesto por el Concello de San Sadurniño, representado por el procurador D. Julio López Valcarcel y defendido por D. Julio Javier López Valcárcel, contra la sentencia núm. 482/16, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 271/16, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 326/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de A Coruña, sobre nulidad de **contrato**. Han sido partes recurridas las mismas partes recurrentes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Xulio López Valcárcel, en nombre y representación de Concello de San Sadurniño, interpuso demanda de juicio ordinario contra Abanca Corporación Bancaria, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que estimando íntegramente la Demanda, se acuerde: declarar la nulidad del **contrato** marco de operaciones financieras concertado en fecha 1 de junio de 2007 con la demandada, anulando y dejando sin efecto las liquidaciones trimestrales practicadas por el banco demandante, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas por razón de las mismas, debiendo el demandante devolver al Banco las cantidades percibidas en las liquidaciones positivas y la entidad financiera demandada reintegrar a mis representadas las cantidades cobradas en las liquidaciones negativas, y asimismo anular y dejar sin efecto los cargos practicados en las cuentas asociadas al **contrato** por razón de tales liquidaciones negativas y que no hayan podido ser cobradas.

"Las cantidades que se restituirán en ambos casos se incrementarán con los intereses legales devengados por las mismas desde las fechas en las que se hizo efectivo el pago o cobro, condenando al Banco a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 30 de marzo de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de A Coruña se registró con el núm. 326/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Belo González, en representación de Abanca Corporación Bancaria, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado: "[...] dicte sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de A Coruña dictó sentencia de fecha 16 de marzo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Xulio López Valcárcel, en nombre y representación de Concello de San Sadurniño, debo declarar y declaro nulo el **contrato** de permuta financiera de tipos de interés suscrito el día 1 de junio de 2007 por concurrir error-vicio en el consentimiento prestado, acordando la restitución de las liquidaciones percibidas por la entidad demanda previa compensación con las que, en su caso, lo fueron por la entidad demandante, más los intereses de ellas desde la fecha de las respectivas operaciones".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Abanca Corporación Bancaria, S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 271/16 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLO: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Abanca Corporación Bancaria SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia núm. 13 de A Coruña, en los autos núm. 326/2015, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, y estimando parcialmente la demanda presentada por la representación procesal del Concello de San Sadurniño, contra NCG Banco, SA Abanca, debemos declarar y declaramos la nulidad de la cláusula de cancelación



anticipada del **Contrato** Marco de operaciones financieras de fecha 1 de junio de 2007, en lo relativo a las consecuencias económicas, que declaramos cancelado, sin coste para la demandante, quedando liberada de su obligación de pagar las liquidaciones posteriores a la fecha de cancelación del **préstamos**, de 10 de octubre de 2012; condenando a la demandada a devolver las liquidaciones que, en su caso, se giraron a la actora a partir de dicha fecha, con sus intereses, previo descuento, en su caso, de los que le hubieses sido abonados, intereses incluidos, desde la fecha indicada; sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias".

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Belo González, en representación de Abanca Corporación Bancaria, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"MOTIVO ÚNICO.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución española y los artículos 216, 218 y 465.5 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en la medida en que la sentencia recurrida estima una pretensión (nulidad de la cláusula reguladora del régimen de cancelación anticipada del **contrato** por no superación del control de incorporación previsto en la Ley 7/1998) no ejercitada en la demanda por la parte actora, incurriendo con ello en incongruencia "extra petita".

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO ÚNICO.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998 (LCGC), el artículo 1.256 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta (Sentencias núm. 688/2015, de 15 de diciembre, 358/2016, de 1 de junio, 380/2016, de 3 de junio, 450/2016, de 1 de julio y 479/2016, de 13 de julio), al declarar la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del **contrato** por no superar el control de incorporación previsto en la LCGC".

El procurador D. Xulio López Valcárcel, en representación de Concello de San Sadurniño, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"ÚNICO.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, en relación con los arts. 78, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, y en relación igualmente con los artículos 3 y 80 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (concreción de consumidor y usuario, requisitos de transparencia, claridad, accesibilidad, buena fe y equilibrio inter partes) así como los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales".

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 17 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1. Admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal del Concello de San Sadurniño contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 271/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 326/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de La Coruña.

"2. Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A., contra la indicada sentencia.

"3. Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que las partes recurridas formalicen por escrito sus respectivas oposiciones 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, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 7 de octubre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 12 de noviembre, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de hechos relevantes.**

A los efectos decisorios del presente recurso hemos de partir de los hechos siguientes:

1.- En el año 2007, el Ayuntamiento de Sadurniño (A Coruña) precisó concertar un **préstamo** para financiar varias inversiones municipales, por un importe de 300.000 €. Con tal finalidad inició, el 1 de febrero de 2007, un procedimiento administrativo, en el cual se acordó dirigir a las dos entidades financieras en las que el Ayuntamiento tenía cuentas abiertas, Banesto y Caixa Galicia, solicitudes de oferta de un **préstamo** por el citado importe, tanto a tipo fijo, como variable, por un plazo de 20 años.

2.- Dichas entidades presentaron las oportunas ofertas. Caixa Galicia, con fecha 26 de marzo de 2007, formuló una propuesta titulada Proyecto de **Préstamo** y un anexo swap- cobertura de tipos, consistente en un **préstamo** a tipo variable, euribor a 3 meses, más un diferencial de 0,15, sobre la cantidad de 300.000 €, con la opción de cambio a tipo variable por fijo, con un swap de tipo de interés, plazo de devolución de 20 años y primer año de carencia.

3.- Sobre tal oferta recayó acuerdo del Ayuntamiento, adoptado en sesión celebrada el 29 de marzo de 2007, en el que se aprobó la contratación con Caixa Galicia del precitado **préstamo**, según la oferta presentada. En el referido acuerdo se hace constar "se explica seguidamente las características fundamentales de las dos ofertas recibidas, de las que se considera preferible la suscrita por Caixa Galicia con fecha del 26 de marzo último, que resumidamente supone la posibilidad de contar con tipo de interés fijo durante toda la vida del crédito del 4.40".

4.- El día 1 de junio de 2007 se suscribió la póliza de **préstamo** con garantía personal e interés variable núm. 500-0208-13438-3, y, como anexo al **contrato** de **préstamo**, el **contrato** marco de operaciones financieras y confirmación de swap, bajo las condiciones siguientes:

Fecha de inicio, el 30 de septiembre de 2007, vencimiento el 30 de junio de 2027, por un importe nominal de 300.000 €:

CLIENTE PAGA:

Tipo de interés: [los tipos de interés se consignan en tanto por ciento nominal anual y los diferenciales en puntos porcentuales].

Trimestres: del 1 al 79 ambos incluidos.

Euribor: 3 meses fijado al inicio del periodo menos 0,15% si el Euribor 3 meses es menor al tipo del 6.00%. En otro caso el tipo del 4,50%.

Periodicidad liquidaciones: los días 30 de diciembre, marzo, junio y septiembre de cada año, y según cuadro de nominales.

CLIENTE RECIBE:

Tipo de interés: euribor 3 meses fijado al inicio de cada trimestre, con la misma periodicidad de liquidaciones.

Días hábiles: TARJET.

Convención del Día Hábil: Día Siguiente Modificado.

Agente de cálculo: Caixa Galicia.

5.- El 10 de junio de 2012, el Ayuntamiento canceló el **préstamo**. Ello no supuso la cancelación del swap, como pensaba la entidad local actora. El banco, con fecha 29 de abril de 2013, comunicó al Ayuntamiento que la cancelación anticipada del swap ascendería a la suma de 55.990 € en contra del cliente. No obstante, ofertaba un acuerdo conforme al cual el Banco asumiría el pago de 41.992,50€, equivalente al 75% del valor de la cancelación anticipada, y el Ayuntamiento, el pago del importe restante, 13.997,50 €, equivalente al 25% del citado valor de cancelación anticipada.

6.- Por el Ayuntamiento de San Sadurniño se formuló demanda que, por turno de reparto, correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de A Coruña. Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia, estimando la demanda deducida y declarando nulo el **contrato** de permuta financiera de tipos de interés suscrito el 1 de junio de 2007, por concurrir error-vicio en el consentimiento prestado, acordando la restitución de las liquidaciones percibidas por la entidad demandada, previa compensación con las que, en su caso, fueron percibidas por la demandante, más los intereses de ellas, desde la fecha de las respectivas operaciones, con imposición de costas.

7.- En síntesis, por parte del juzgado, se entendió, que concurría error en el consentimiento, toda vez que se habían incumplido los deberes de información, que competían a la sociedad financiera, y que provocaron, en



la entidad demandante, una concepción errónea sobre las características esenciales del **contrato**, que fueron determinantes para su suscripción. Tal conclusión se fundamentó en que nunca hubo una reunión presencial entre el responsable del banco y el secretario del Ayuntamiento, aunque sí conversaciones telefónicas; que el secretario manifestó que toda la información y negociación previa fue vía mail y telefónica; que la entidad bancaria le explicó que el swap "[...] era una garantía destinada a evitar que creciera el tipo de interés si el euríbor seguía creciendo como lo estaba haciendo [...] solo se le planteó el escenario de que el tipo de interés subiera, así como que entendió que cuando se cancelase el **préstamo** se cancelaría el swap [...] que el swap y el **préstamo** estaban vinculados y que el swap no podía tener vigencia solo".

Igualmente se tomó en consideración la circunstancia de que el Ayuntamiento demandante cuenta con poco más de 3.000 habitantes, 12 concejales y un secretario- interventor, licenciado en derecho, careciendo de conocimientos específicos en el producto financiero contratado, tratándose el Ayuntamiento de un cliente que merece la consideración jurídica de minorista. El asesoramiento del Servicio de Asistencia Económica a Municipios de la Diputación de A Coruña y la autorización de la Consejería de Economía y Hacienda, se situó al margen de la naturaleza y riesgos financieros de la operación de **préstamo**. Se citaron las oportunas referencias normativas y jurisprudenciales, que avalaban la declaración de nulidad.

8.- Contra dicha resolución judicial se interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dictó sentencia el 28 de diciembre de 2016, en la cual se consideró no concurría la falta de información sobre los riesgos y alcance de la operación contratada, que hubiera podido provocar un error esencial excusable a la entidad demandante, lo que fundamentó en la lectura del documento de confirmación de cobertura de tipos de interés con anexo al **contrato** marco, que pone de manifiesto el contenido del **contrato** suscrito como un intercambio de flujos, que sirve para fijar la cantidad que cada uno de los contratantes ha de pagar al otro en cada liquidación.

Se argumentó, también, que en el **contrato** suscrito se plasmaba, de una manera sencilla y clara, la existencia de riesgos. Igualmente se señaló que la única posibilidad de sufrir una equivocación radicaba en que no se leyese el **contrato**. Ausencia de lectura, que no se corresponde con una actuación diligente, que obligaba a solicitar asesoramiento, en el supuesto de albergar dudas hasta disipar la alegada ininteligibilidad de los términos del **contrato**.

Se siguió razonando que tenemos que presumir que el Alcalde y el Secretario, dada su responsabilidad en la gestión financiera del ente local, tenían conocimiento de lo que estaban firmando y de los riesgos de la operación concertada.

Todo ello lleva a la Audiencia a concluir que no nos hallamos ante un error excusable, en la medida en que, aunque pudiera existir tal error, pudo fácilmente evitarse con una mínima diligencia consistente en la lectura de las cláusulas del **contrato** antes de firmarlo, o posponer su firma hasta asesorarse por medio de un técnico, y, en caso, de no comprenderlo, negarse a su suscripción.

Tras descartar la falta de causa en el **contrato** y la concurrencia de dolo como vicio de la voluntad, decretó, no obstante, la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del **contrato** marco de operaciones financieras, de fecha 1 de junio de 2007, y como consecuencia jurídica de tal pronunciamiento se declaró cancelado, sin coste para la demandante, el **contrato** litigioso, quedando liberada de su obligación de pagar las liquidaciones posteriores a la fecha de cancelación del **préstamo**, 10 de octubre de 2012, condenando a la demandada a devolver las liquidaciones que, en su caso, se giraron a la actora a partir de dicha fecha con sus intereses, previo descuento de los que le hubiesen sido abonados, intereses incluidos, desde la fecha indicada. Para ello se argumentó que, de los términos del **contrato**, no resultaba concurrente una información precisa sobre las consecuencias impuestas para la referida cancelación voluntaria, cuyo coste económico quedó indeterminado.

9.- Contra la referida resolución judicial recurrieron ambas partes.

Por Abanca se formuló recurso extraordinario por infracción procesal, con base en un motivo único, al amparo del artículo 469.1. 2º LEC, en relación con el artículo 24 de la CE y los artículos 216, 218 y 465.5 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en la medida en que la resolución recurrida estima una pretensión (nulidad de la cláusula reguladora del régimen de cancelación anticipada del **contrato** por no superación del control de incorporación previsto en la Ley 7/1998) no ejercitada en la demanda por la parte actora, incurriendo con ello en incongruencia *extra petita*.

El recurso de casación lo fundamentó, al amparo del artículo 477.2. 3º LEC, por infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, artículo 1.256 del CC y jurisprudencia que cita, al declarar la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del **contrato** por no superar el control de incorporación previsto en la LCGC.



Por el Ayuntamiento demandante se interpuso recurso de casación, al amparo del artículo 477.2. 3º LEC y artículo 477.3 del mismo texto legal, por infracción de los artículos 1265 y 1266 del CC, en relación con los artículos 78, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, 3 y 80 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, así como los artículos 5, 7, 8 y 9 de la LCGC existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**SEGUNDO.- Examen del recurso de casación interpuesto por la entidad actora.**

Un orden lógico de cosas, toda vez que los recursos de las partes se encuentran íntimamente ligados entre sí, determina que entremos a analizar con carácter preferente el formulado por la actora, pues la estimación del mismo deja sin contenido a los recursos interpuestos por el banco.

**3.1.- Motivos de inadmisión al recurso interpuesto.**

Al oponerse al recurso de casación formulado por la actora, la mercantil demandada alega la concurrencia de motivos de inadmisibilidad.

Sobre esta cuestión, la Sala fijó criterio en el auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012), que fue asumido en sentencias ulteriores, entre las que podemos citar las SSTS 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo y 520/2019, de 8 de octubre, entre otras. Dijimos en la primera de las resoluciones reseñadas:

"Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse "absolutas" ("notorias" las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración.

"Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse "absoluta", como puede ser el carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal. Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como "pretensión autónoma de inadmisibilidad" que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.

"3.- Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional.

"Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado ( SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo).

"En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva".

Como señaló la STS 439/2013, de 25 de junio:

"La recurrida ha alegado que los recursos no eran admisibles por no haberse justificado el interés casacional. La Sala considera que está justificado, siquiera sea en el grado mínimo suficiente para pasar el test de



admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, el interés casacional del recurso en cuanto a la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia de esta Sala [...] Siendo consistentes las razones de fondo planteadas, en concreto los diversos motivos del recurso de casación, no pueden interpretarse los requisitos de admisibilidad de una manera rigurosa que impidan el acceso a los recursos extraordinarios. Por tanto, ha de considerarse correctamente dictado el auto que admitió a trámite los recursos extraordinarios".

Pues bien, con base a tales argumentos, hemos de rechazar la causa de inadmisibilidad esgrimida por la parte demandada. La formulación del recurso no es modélica desde el punto de vista de la técnica casacional, pero sí permite conocer el problema de derecho sustantivo formulado, sin generación de indefensión alguna a la parte demandada, como se demuestra a través de la lectura del escrito de oposición al recurso. Existen y se citan resoluciones contradictorias de audiencias provinciales sobre el tratamiento de las Administraciones Locales en esta clase de procesos, así como jurisprudencia de esta Sala sobre la comercialización de los swaps. Ello nos permite considerar correcta la admisión, en su día, del recurso formulado por la actora, como igualmente se hizo con el interpuesto por el Banco, también bajo un criterio amplio y flexible de admisibilidad por parte del tribunal.

No podemos compartir que en el recurso no se sostenga la excusabilidad del error. Así se puede leer, en el escrito de interposición, que resulta claramente acreditado el error que, además de esencial, es también excusable, habida cuenta que la diligencia exigible al Secretario Interventor del Ayuntamiento no podía ser mayor, dada su carencia de formación financiera al respecto de un producto sumamente complejo y fuera de alcance del precitado ente local. Lo que se vuelve a insistir en otros argumentos del recurso, ilustrados con cita jurisprudencial.

Como dijimos, entre otras, en la STS 394/2018, de 26 de junio:

"La valoración judicial de que el banco cumplió con los reseñados deberes de información es una valoración jurídica, que se apoya en unos hechos cuya acreditación ahora no es posible revisar en casación. Pero sí cabe revisar la propia valoración jurídica, sin alterar lo declarado probado, a la vista de las exigencias jurisprudenciales sobre el alcance de esta información".

### 3.2.- Examen del recurso de casación.

La sentencia de la Audiencia no aborda la información que, sobre la naturaleza y producto financiero complejo, aleatorio y de riesgo contratado, le fue suministrada por parte de la entidad financiera a la demandante, al margen del tenor literal de los **contratos** suscritos, lo que constituía una obligación normativa, justificada por la asimetría existente entre las entidades litigantes. Nos encontramos además ante un pequeño ayuntamiento de unos 3000 habitantes, con la calificación jurídica de minorista.

Este reproche, consistente en la insuficiencia de la información recibida, que se efectúa por el Juzgado, como fuente generadora del error proclamado, no es expresamente tratado por la Audiencia, que se fundamenta, por el contrario, en la literalidad del **contrato** suscrito y advertencias que contiene, así como en la consideración de la falta de diligencia contractual de la actora, para obtener la información precisa, con la finalidad de prestar un consentimiento válido.

La sentencia recurrida presume que el Alcalde y el Secretario-Interventor, dada su responsabilidad en la gestión financiera del ente local, tenían conocimiento de lo que estaban firmando y de los riesgos de la operación concertada. De existir error, se sigue razonando, se pudo evitar, leyendo las cláusulas del **contrato** y posponiendo su firma, hasta asesorarse por medio de un técnico experto en dichos productos, y, aun así, en caso de no comprenderlo, no firmar. No obstante, sí se consideró que no se había informado del coste económico del derecho a la cancelación anticipada, cuyo concreto importe no se deduce de los términos del **contrato**.

### 3.3.- Deber de información.

Como hemos declarado en la reciente STS 542/2019, de 16 de octubre, la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, como resultaba de la normativa pre-MiFID ( art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo).

En este sentido, la STS 32/2016, de 4 de febrero, precisa que: "[...] siendo 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". De igual forma, se pronuncia la STS 562/2016, de 23 de septiembre.



En las SSTs 535/2015, de 15 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 668/2015, de 4 de diciembre, 154/2016, de 11 de marzo y 524/2019, de 8 de octubre, entre otras, se precisa cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID), impone a las entidades comercializadoras de los swaps, cuya intensidad es proporcional a la capacidad del cliente para tomar constancia de sus características y riesgos típicos, lo que hace en los términos siguientes:

"En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un **contrato** con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el **contrato** de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el **contrato** de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

"Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del **contrato** de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

"Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el **contrato**, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

"El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que **contrató** el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente".

#### 3.4.- Excusabilidad del error.

El requisito cuestionado de la excusabilidad del error, pese a que no se menciona expresamente en el mentado art. 1266 del CC, cabe deducirlo, como hace doctrina y jurisprudencia, de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado los arts. 7 y 1258 del CC. Habrá de ser apreciado a través de la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso sometido a conocimiento judicial. Su función radica en impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien alega un error, que le resulta imputable por su falta de diligencia exigible, perjudicando a la contraparte, que debe ser, en tales casos, amparada, por la confianza infundida por la declaración contractual emitida.

La excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información oportuna, para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico, con respecto a quien carece de dichos conocimientos, ocupando una posición debilitada, que le hace acreedor a una indiscutible protección jurídica a los efectos de obtener un real y equitativo equilibrio contractual.

Ahora bien, como destacábamos en la STS 542/2019, de 16 de octubre, en la apreciación de tal requisito, alcanzan especial valor los denominados deberes precontractuales de información, de clara finalidad tuitiva a los efectos de facilitar el conocimiento real de lo que efectivamente se está contratando, posibilitando de esta manera la formación de un consentimiento válido sobre el que construir el carácter vinculante de los **contratos**.

Es precisamente en situaciones de asimetría convencional, sobre el conocimiento de la naturaleza y características de un producto financiero complejo, aleatorio y de riesgo, como es el swap concertado, cuando, tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, pretenden que los adquirentes alcancen especial conocimiento de las obligaciones que asumen.

Y máxime, en el presente caso, en el cual el swap se concierta por un dilatado periodo de tiempo de 20 años, que discurriría independientemente de las vicisitudes del **préstamo**, en tanto en cuanto la cancelación de éste no afectaba a la pervivencia del swap, lo que implicaba que el ayuntamiento conservaría un producto puramente especulativo, como simple inversor, al margen de la finalidad pretendida de financiar necesidades de tesorería,





por un dilatado periodo de tiempo, durante el cual quedaba sometido a las evoluciones del mercado y a un costoso e indeterminado precio de cancelación, lo que exigía una rigurosa información respecto de las características y riesgos, que albergaba el producto financiero ofertado por el Banco y no solicitado por el ayuntamiento, que necesitaba un simple **préstamo** a interés variable o fijo.

No es de extrañar, entonces, que la STS de 29 de octubre de 2013, admite que un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, derivado de que "el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran [...] los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar". De igual forma, las SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014, 458/2014, de 8 de septiembre, 60/2016, de 12 de febrero y 542/2019, de 16 de octubre entre otras.

En este sentido, señala la STS 6/2019, de 10 de enero, que:

"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)".

En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél deber permite apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la STS del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014, declaramos:

"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

### 3.5.- Estimación del recurso de casación.

La sentencia de la Audiencia descarta la excusabilidad del error con fundamento en la propia documentación del **contrato**, la obligación de su lectura y el deber de diligencia, que exigía a la demandante obtener el asesoramiento técnico necesario, en el caso de no comprender las características del producto financiero adquirido, y, de carecer de tal información, no asumir el compromiso contractual. El juzgado señala, por su parte, que no hubo reuniones personales entre funcionarios del ayuntamiento con los empleados del Banco para llevar a efecto la información precontractual, por lo que únicamente contaríamos con la que figura en los **contratos**.

Se ha declarado, por esta Sala, que la carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera. Ello por sendas razones, primera porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y, segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada ( SSTS 668/2015, de 4 de diciembre; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, entre otras muchas). En este caso, no consta, de la lectura de las sentencias de ambas instancias, que tal información, sobre las características y riesgos del **contrato** de swap suscrito, se hubiera llevado a efecto, más allá de los términos del **contrato**, lo que no es suficiente.

Por otra parte, se ha declarado por este tribunal, que el deber de información constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde, por lo tanto, a los clientes bancarios, en este caso a los funcionarios municipales, que no son profesionales del mercado financiero y de inversión, averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015; 676/2015, de 30 de noviembre; 690/2016, de 23 de noviembre, 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre.

Por lo que respecta al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, en contra de lo sostenido por la resolución de la Audiencia, dijimos en la STS 195/2016, de 29 de marzo, que 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 su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones,



los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada ( SSTS 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre).

La formación necesaria del contratante, para conocer la naturaleza, características y riesgos de los swaps, es la propia del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos complejos ( SSTS, 549/2015, de 22 de octubre; 676/2015, de 30 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre o 378/2019, de 1 de julio), cualificación que, desde luego, no la disfruta el Secretario-Interventor del Ayuntamiento, ignorando la que pueda ostentar el Alcalde, sobre la que nada dice la sentencia recurrida.

Incluso este Tribunal tuvo ocasión de expresarse, con respecto a la supuesta cualificación de un interventor municipal en una acción de anulabilidad de swap, en la STS 177/2019, de 21 de marzo, en los términos siguientes:

"La recurrente vincula esta experiencia al dato de que, conforme a la legislación vigente, el acuerdo municipal de celebrar el **contrato** se adoptó previo informe del interventor. Este razonamiento, que conecta con el de la excusabilidad del error tampoco puede aceptarse. La formación de este funcionario y sus funciones no permiten presumir un conocimiento especializado en productos financieros como los litigiosos de modo que la entidad quede liberada de los deberes de información que le imponía la normativa vigente aplicable, puesto que su función de control y fiscalización se dirige a la adecuación del acto a las disposiciones aplicables en cada caso, sin que le sea exigible conocer los riesgos de la contratación sin contar con la información que debía suministrarle la demandada".

Por todo ello, consideramos correctos los argumentos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que ratificamos, al estimar el recurso de casación interpuesto.

**TERCERO.- Recursos formulados por el banco.**

Una vez estimado el recurso de casación formulado por la entidad actora, carecen de sentido los interpuestos por el banco, que quedan vacíos de contenido y de efecto útil, puesto que se decreta la nulidad del **contrato** y no parcial de una de sus cláusulas, con lo que no tiene sentido hablar de incongruencia *extra petita*. Es más, la falta de información sobre el coste de la cancelación anticipada forma parte del error sufrido.

**CUARTO.- Costas y depósito.**

Las costas se imponen conforme al criterio del vencimiento objetivo, por lo que se condena a la demandada a las devengadas por sus recursos, así como las concernientes a la apelación, que debió ser desestimada. No procede hacer especial pronunciamiento con respecto al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento, al haber sido acogido ( arts. 394 y 398 LEC).

Con relación a los depósitos constituidos se estará a lo normado en la Disposición Adicional 15. 8ª y 9ª LOPJ.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de San Sadurni de Noya contra la sentencia, dictada el 28 de diciembre de 2016, por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación nº 271/2016.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, y, desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirmar la sentencia dictada, con fecha 16 de marzo de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de A Coruña, en los autos de juicio ordinario 326/2015, con imposición de las costas de segunda instancia a la demandada.

**3.º-** Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos por la entidad demandada, con imposición de las costas y pérdida de depósitos.

Líbrense 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.