



Roj: **STS 3604/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3604**

Id Cendoj: **28079110012022100652**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2022**

Nº de Recurso: **2673/2019**

Nº de Resolución: **648/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Murcia, núm. 5, 13-04-2018,**
SAP MU 2416/2018,
STS 3604/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 648/2022

Fecha de sentencia: 06/10/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2673/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MURCIA. SECCION 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN núm.: 2673/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 648/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 6 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación interpuesto por Martizana, S.L; representada por el procurador D. José Luis Martínez García, bajo la dirección letrada de D. Francisco Sarabia Cos, contra la sentencia núm. 394/2018, dictada el 26 de noviembre de 2018 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación núm. 1003/2018, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 993/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Murcia.

Ha sido parte recurrida Caixabank S.A; representada por el procurador D. Javier Segura Zariquiey y bajo la dirección letrada de J. Ignacio Trillo Garrigues y Daniel Machado Rubiño.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. José Luis Martínez García, en nombre y representación de Martizana, S.L; formuló una demanda de juicio declarativo ordinario contra la mercantil Barclays Bank S.A., actual Caixabank S.A., a fin de solicitar "[...]la declaración de nulidad del contrato Collar de Tipos de Interés, por infracción de normas imperativas y por error y dolo como vicios del consentimiento padecidos por su mandante y, de forma subsidiaria respecto de los pedimentos anteriores, acción para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, por incumplimiento grave de la demandada a sus deberes legales y contractuales, interesando en base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos que, previos los oportunos trámites legales y el recibimiento del procedimiento a prueba se dictase sentencia por la que:

"[...]Se declare la nulidad radical o de pleno derecho del contrato de permuta financiera de tipos de interés, Collar de Tipos de Interés, suscrito por la mercantil Martizana S.L, por incumplimiento de Barclays Bank S.A (actual Caixabank S.A) de las normas imperativas reguladoras de la información y documentación a facilitar al perfeccionarse contratos incluidos en la Ley de Mercado de Valores.

" Como consecuencia de la nulidad de dichos contratos, se condene a Barclays Bank (actual Caixabank S.A) a restituir a mi mandante la cantidad de 270.000 euros, que corresponde con el importe del coste de cancelación del contrato objeto de autos abonado por la mercantil demandante, a la que habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos.

" Subsidiariamente, se declare nulo o se anule el contrato permuta financiera de tipos de interés, Collar de Tipos de interés, por padecer error esencial y determinante y sufrir dolo.

" Como consecuencia de la nulidad de dichos contratos, se condene a Barclays Bank S.A (actual Caixabank S.A) a restituir a mi mandante la cantidad de 270.000 euros que corresponde con el importe del coste de cancelación del contrato objeto de autos abonado por la mercantil demandante, a la que habrán de añadirse los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos.

" Más subsidiariamente, se proceda a indemnizar a mi mandante, por sufrir dolo e incumplimiento grave de las obligaciones contractuales de la demandada ascendiendo la cuantía de la indemnización a 270.000 euros, que corresponde con el importe del coste de cancelación del contrato objeto de autos abonado por la mercantil demandante, a la que habrá de sumarse los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos.

" Y todo ello con expresa condena en costas de la demandada".

2. Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia y registrada como procedimiento ordinario núm. 993/2015, fue admitida a trámite por decreto de 16 de noviembre de 2015 y se dio traslado a la parte demandada a fin de que en el plazo de 20 días se personara y presentara escrito de contestación, lo que hizo en tiempo y forma, oponiéndose a las pretensiones de la actora.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó sentencia de 13 de abril de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Estimando totalmente la demanda interpuesta por Martizana, S.L. contra Caixabank, S.A., declarando el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales de información a su cliente y condenándola a abonar 270.000 euros por los daños y perjuicios ocasionados, más intereses legales desde la fecha de



la presentación de la demanda, 12.06.2015; con imposición de todas las costas causadas a la actora a la demandada vencida".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia fue recurrida en apelación por la representación de la parte demandada, Caixabank S.A. La representación de Martizana, S.L. presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo tramitó con el número de rollo 1003/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 394/2018, de 26 de noviembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Caixabank, S.A. contra la sentencia dictada el 13 de abril de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y en su lugar dictamos otra por la que rechazamos la demanda formulada por la mercantil Martizana, S.L., a la que se imponen las costas de la instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada.

" Procede la devolución del depósito por la estimación parcial del recurso de apelación".

3. la representación de Martizana, S.L., presentó escrito en el que solicitaba complemento de sentencia al considerar que la misma incurría en una incongruencia *extra petita* al estimar las pretensiones incorporadas, *ex novo*, por la contraparte en su recurso de apelación contraviniendo el principio de prohibición de mutatio libelli así como el principio *pendente appellatione nihil innovetur*, solicitud que fue desestimada por auto de 17 de enero de 2018.

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La representación de Martizana, S.L., interpuso recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo previsto en el artículo 477.2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La interposición se fundamenta en un único motivo que introduce con el siguiente encabezamiento:

"[...]ÚNICO.- Infracción, por inaplicación, de la jurisprudencia interpretativa y de aplicación del artículo 1101 del Código Civil en relación con la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a mi mandante como consecuencia de los incumplimientos de la entidad demandada de sus obligaciones de información y documentación que indujeron a una contratación que ha causado un perjuicio grave al cliente, que actuó movido únicamente por el ofrecimiento y recomendación de la entidad que ha de responder de los daños causados".

2. Solicita de la Sala que [...]dicte sentencia por la que case la sentencia apelada, confirmando la sentencia de primera instancia en todos sus términos, declarando haber lugar a la indemnización a mi representada de los perjuicios padecidos como consecuencia de los incumplimientos cometidos por la adversa en la comercialización del contrato SWAP suscrito con Caixabank -como sucesora de Barclays Bank-. Todo ello, con expresa imposición de las costas de primera y segunda instancia a la entidad demandada ex artículos 394 y 398 LEC."

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas las partes, por auto de 21 de julio de 2021, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y conferir traslado a la parte recurrida para que formalizara por escrito su oposición al recurso, lo que hizo en tiempo y forma, solicitando que se desestime el recurso de casación interpuesto con expresa condena en costas a la parte recurrente.

4. Por providencia de 22 de julio de marzo de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose el día 28 de septiembre de 2022 para la votación y fallo, en el que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. El 15 de octubre de 2007, Martizana, S.L. suscribió con Barclays Bank, S.A. una escritura de préstamo por importe de 3 600 000 euros con garantía hipotecaria y pignoratícia para la adquisición de un local comercial en la ciudad de Lorca, y días después, en concreto el 22 de octubre de 2007, concertó con Barclays Bank, PLC un contrato de "Confirmación de collar de tipos de interés" (swap) con fecha de operación y de inicio del día 17 y del día 19 anterior, respectivamente, y fecha de vencimiento el 19 de octubre de 2010.



2. El swap arrojó liquidaciones negativas y, para hacerles frente, Martizana, S.L. suscribió, el 14 de junio de 2011, una póliza de préstamo con Barclays Bank, S.A. por importe de 270 000 euros cuyo destino, conforme a lo dispuesto en la cláusula adicional primera del documento anexo a la póliza, era "la cancelación de todos los importes debidos por el cliente al Banco en virtud del instrumento financiero de collar de tipos de interés suscrito entre el cliente y el Banco el día 19 de octubre de 2007 con referencia 20024818".

3. El 12 de junio del 2015, Martizana, S.L. presentó una demanda contra Barclays Bank, S.A., actual CaixaBank, S.A. por fusión por absorción, en la que solicitó: (i) la nulidad del mencionado contrato de collar de tipos de interés y la condena de la demandada a restituírle la cantidad de 270 000 euros por incumplir "las normas imperativas reguladoras de la información y documentación a facilitar al perfeccionarse contratos incluidos en la Ley de Mercado de Valores"; (ii) subsidiariamente, la nulidad o la anulación de dicho contrato y la condena de la demandada a restituírle la cantidad de 270 000 euros "por padecer error esencial y determinante y sufrir dolo"; (iii) y, más subsidiariamente, la indemnización de 270 000 euros "por sufrir dolo e incumplimiento grave de las obligaciones contractuales de la demandada".

En la demanda se consigna, como resumen de los hechos, lo siguiente:

"Una persona contrata, en nombre de una sociedad, con la entidad Barclays Bank S.A, un producto sobre el que se le asesora y luego coloca como de finalidad defensiva o de cobertura, en concreto, para minorar ligeramente la carga financiera de unas posiciones de débito y de las que pudiera precisar en el giro ordinario de la empresa.

"Y, sin recibir información precisa (ni antes, ni tras la entrada en vigor de la llamada normativa MIFID), tras sufrir incumplimientos flagrantes y severos de todo el haz de obligaciones de documentación que la Ley impone a la entidad de crédito que coloca instrumentos financieros complejos, se encuentra ante el lamentable resultado de, por una flagrante ocultación de la verdadera naturaleza del contrato suscrito como operaciones de altísima especulación y gran desequilibrio de riesgos, tener que afrontar una pérdida global de 270.000 euros.

" Y por ello es perentorio impetrar amparo a los Tribunales de Justicia para que hagan que la Justicia y equidad resplandezcan".

Y también se dice en ella, en relación los deberes de información que incumben a las entidades financieras que conciertan contratos financieros antes de suscribirlos, que:

"Estos deberes, sufren un refuerzo, un aumento de grado en la obligación de su observancia, en aquellos supuestos en los que al igual que ocurre en el que nos ocupa, no nos encontramos ante un mero anuncio realizado por la entidad bancaria a través de sus canales de distribución, cuyo público es "la clientela en general", sino que por el contrario nos encontramos ante un claro caso de asesoramiento en materia de inversión", y que:

"Esto es lo que ocurre en el caso objeto de la presente litis. Barclays lleva a cabo un servicio de asesoramiento financiero, es quien ofrece el contrato por medio de sus empleados, aprovechando la relación de confianza, siempre con la excusa de que su función era paliar el riesgo de las subidas del Euríbor".

4. Tras la oposición de la demandada (que alegó las excepciones de falta de legitimación pasiva y de existencia de pacto transaccional en la póliza de préstamo de 14 de junio de 2011, cuya declaración de nulidad no se ha solicitado; que la infracción de normas imperativas, caso de haberse producido, podría ser objeto de sanción administrativa, pero no afectaría a la validez del swap; que la normativa de consumidores y usuarios quedaba excluida; y que la acción de anulación estaba caducada), el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda al acoger, después de desestimar la acción de nulidad, considerar caducada la de anulabilidad y rechazar la alegación de falta de legitimación pasiva, la pretensión indemnizatoria al considerar, a partir de la doctrina fijada por el TJUE en la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), que, pese a haber asumido labores de asesoramiento al recomendar al representante de Martizana, S.L. la contratación del swap, Barclays Bank había desatendido el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa vigente (básicamente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993) al no ofrecer a su cliente información veraz y suficiente sobre las condiciones y los riesgos de un producto que era complejo en su formulación y estaba sometido a un alto grado de especulación y de aleatoriedad; debiendo concluirse, a la luz de la prueba practicada, que el representante de Martizana, S.L. lo único que supo del producto que contrataba es que tenía por finalidad "evitar el riesgo por si suben los intereses", que era "una cosa especial" y que "le interesaba", sin que nadie llegara a hablarle de "posibles consecuencias adversas".

5. La demandada interpuso recurso de apelación en el que solicitó su absolución y en el que alegó: (i) incongruencia *extra petita*: "La Sentencia declara la existencia de asesoramiento financiero prestado por el Banco para justificar el incumplimiento de las obligaciones legales de información como título de imputación de responsabilidad. Martizana nunca ejerció la referida acción pues solo pretendía la declaración



de indemnización por incumplimientos incurridos durante la ejecución del SWAP"; (ii) existencia de pacto transaccional: "La Sentencia no se pronuncia sobre la imposibilidad de declarar obligación a indemnizar cuando se suscribe previamente un pacto transaccional para satisfacer las liquidaciones negativas mediante financiación y en la que las partes se reconocen saldadas y finiquitadas sus pretensiones (que no prestaciones u obligaciones)"; (iii) improsperabilidad de la acción indemnizatoria, puesto que: a) "El instituto de la caducidad de la acción de anulación por error en el consentimiento no es soslayable a través de una acción de indemnización por incumplimiento"; b) "El incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la fecha de celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se habría producido con anterioridad"; y c) "El daño no puede consistir en una prestación contractual"; (iv) prescripción de la acción de incumplimiento de la obligación de informar, dado su "carácter extracontractual".

6. La demandante se opuso al recurso de apelación y en tal sentido alegó: (i) la correcta apreciación por la sentencia de la acción indemnizatoria del art. 1101 CC, ya que "Los incumplimientos cometidos por la entidad bancaria son susceptibles tanto de una acción de nulidad, por vicios, como de una acción resarcitoria de los daños padecidos"; (ii) la "Correcta valoración probatoria de los incumplimientos cometidos por la demandada"; (iii) y la "Inexistencia de pacto transaccional por suscripción de póliza de préstamo de 14 de junio de 2011".

7. La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda, impuso a la demandante las costas de la primera instancia y no hizo pronunciamiento sobre las costas de la apelación.

La Audiencia Provincial considera que:

"La indemnización concedida tiene [...] como base un hipotético incumplimiento del contrato al amparo del artículo 1101 del Código Civil, y no ante una responsabilidad extracontractual del 1902 del Código Civil o ante una inexistente acción de resolución contractual del artículo 1124 del mismo Texto Legal (como refiere la recurrente), y en consecuencia el plazo para ejercitar la acción sería el general del artículo 1964 del Código Civil, con lo que la acción examinada en esta alzada no estaría prescrita".

Sin embargo, estima que:

"[...]no procede conceder indemnización por incumplimiento contractual cuando ese pretendido incumplimiento viene referido a una actividad (incorrecto asesoramiento) realizada por el Banco en fase precontractual, que no ha podido ser examinada por la tardanza de la actora en plantear su reclamación ante el banco, lo que ha dado lugar a la aplicación del instituto de la caducidad de la acción".

Por lo tanto, tal y como añade a renglón seguido:

"Resulta [...] irrelevante en estas circunstancias entrar a valorar las alegaciones del Banco sobre el reconocimiento por Martizana en el contrato de préstamo de 2011 de que quedaban totalmente finiquitadas y saldadas sus pretensiones frente al banco por la firma del contrato de 2007".

6. Al discrepar de la decisión, la demandante-apelada (ahora recurrente), ha interpuesto recurso de casación, por razón de interés casacional, con fundamento en un motivo único, que ha sido admitido y frente al que la parte demandada-apelante (ahora recurrida) ha alegado causa de inadmisión y formulado oposición al fondo.

SEGUNDO. Motivo del recurso. Causa de inadmisión. Decisión de la sala

1. El recurso de casación se funda en un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Infracción, por inaplicación, de la jurisprudencia interpretativa y de aplicación del artículo 1101 del Código Civil en relación con la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a mi mandante como consecuencia de los incumplimientos de la entidad demandada de sus obligaciones de información y documentación que indujeron a una contratación que ha causado un perjuicio grave al cliente, que actuó movido únicamente por el ofrecimiento y recomendación de la entidad que ha de responder de los daños causados".

En su desarrollo se alega y razona sobre:

"[...] la procedencia de estimar la indemnización solicitada en la demanda [...] como consecuencia del daño que la contratación ha producido a mi poderdante, que traen causa de los incumplimientos de la demandada de sus obligaciones legales, en el marco de una relación de asesoramiento financiero".

2. La recurrida alega como causa de inadmisión la carencia manifiesta de fundamento por alteración de la base fáctica de la sentencia.

Y añade, ya en relación con el fondo, que en la póliza de 2011 se recogió un acuerdo transaccional que contenía, a su vez, una renuncia de acciones realizada por la recurrente cuando lo concertó con la única finalidad de financiar la cancelación del swap, y que la relevancia jurídica de dicho pacto, que la Audiencia Provincial no



llegó a analizar, "[...] es incuestionable, pues se trata de un acto inequívoco que implica una voluntad de extinguir las acciones que se postularon en la demanda, incluida la única que sigue vigente ante esta Excm. Sala, resultando abiertamente contradictoria e incompatible con la pretensión de condena indemnizatoria". En este sentido, la recurrida precisa que "[...] la existencia de la referida Póliza implica que la voluntad de la demandante allí recogida, manifestada después del conocimiento del supuesto error denunciado, se dirigió a hacer efectivo el cumplimiento del contrato, lo que resulta incompatible con una solicitud de indemnización de un contrato que es plenamente válido y eficaz con expreso deseo de Martizana" y que "la consecuencia jurídica de la concertación de la Póliza otorgada en 2011, como hecho posterior a la celebración del contrato de SWAP, fue conferir carácter definitivo a la eficacia del SWAP, suprimiendo la incertidumbre sobre sus efectos, lo que imposibilita la estimación del motivo al no haberse cometido la infracción legal sustantiva denunciada".

3. El motivo de casación no altera, como sostiene la recurrida, la base fáctica de la sentencia impugnada.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no modifica los hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que son los que considera y aprecia jurídicamente la parte recurrente. La divergencia entre una sentencia y la otra no es de hecho, sino de derecho.

La Audiencia Provincial no revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia porque considere, al contrario que este, que la actuación incorrecta de la recurrida (al recomendar a la recurrente la firma del swap con un incorrecto asesoramiento respecto de los riesgos del producto y sus posibles liquidaciones negativas, lo que, según señala la propia Audiencia, "[...] equivale a un incumplimiento de la obligación de asesoramiento financiero") no tuvo lugar, sino porque considera que la actividad de asesoramiento financiero de la que se predica el incumplimiento se realiza en una fase precontractual que, a juicio de la Audiencia Provincial, no puede ser examinada cuando ha adquirido firmeza la validez del contrato de permuta ante el rechazo, por caducidad de la acción, de su pretendida nulidad, por lo que no puede, según concluye, "[...] concederse indemnización alguna pues, el incumplimiento contractual, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la fecha de celebración del contrato, y en el presente caso ya hemos dicho que, la falta de información oportuna, se habría producido con anterioridad".

En consecuencia, la causa de inadmisión se desestima.

4. Es jurisprudencia de esta sala, como dijimos en la sentencia 61/2021, de 8 de febrero, la que sostiene que:

"[...] en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esos vínculos jurídicos de asesoramiento, siempre que se cause un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño sufrido (sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras, 62/2019, de 31 de enero, 303/2019, de 28 de mayo; 165/2020, de 11 de marzo, 615/2020, de 17 de noviembre y 628/2020, de 24 de noviembre, entre otras).

" Esta doctrina se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando se contrata un swap, en el que propiamente no cabe hablar de una inversión de tal clase (sentencias 615/2020, de 17 de noviembre y 628/2020, de 24 de noviembre, entre otras).

" En cualquier caso, es necesario concorra una relación de causalidad entre el negligente incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones dimanantes del deber legal de informar y el resultado dañoso producido. Esta relación causal fue declarada concurrente, por ejemplo, en la sentencia 608/2020, de 12 de noviembre, con base en los argumentos siguientes:

" En el presente caso, la falta de información sobre los riesgos supuso que la demandante contratara un producto del que desconocía que le podía acarrear graves pérdidas económicas, derivadas de las liquidaciones negativas producto de la bajada continuada de los intereses. Por lo que la relación causal entre la decisión de invertir sin tener la información precisa sobre los riesgos adquiridos y la materialización de tales riesgos en forma de disminuciones patrimoniales por cargos por liquidaciones negativas es directa.

" Para romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto. Lo que no ha sucedido [...] [...].

Y también hemos afirmado con reiteración, como recordábamos en la sentencia 491/2017, de 13 de septiembre, que:

"[...] existe un riguroso deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión [...] y que] el incumplimiento de dicha obligación por la entidad financiera podría dar lugar, en su



caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento".

En el presente caso, la Audiencia Provincial no niega el incumplimiento por la recurrida de sus obligaciones de información en el ejercicio de su actividad de asesoramiento financiero, sino que considera que este puede facultar a la recurrente para anular el contrato al conectarse con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a su celebración (lo que no cabe en el caso al haber caducado la acción de anulación), pero en cambio no puede dar lugar a una responsabilidad civil que le permita aspirar a obtener la indemnización que el art. 1101 CC pone a cargo de los que causan daños y perjuicios por incurrir en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones o por contravenir su tenor de cualquier otro modo.

Este criterio de la Audiencia Provincial, que es el que sirve de fundamento a su decisión desestimatoria, contradice la jurisprudencia que hemos dejado expuesta, por lo que procede estimar el motivo, casar la sentencia recurrida, y, asumiendo la instancia, examinar, para decidir la suerte del recurso de apelación, la alegación de la recurrente sobre la existencia de pacto transaccional que no llegó a ser analizada por la Audiencia Provincial.

5. En la cláusula primera del documento anexo a la póliza de préstamo de 14 de junio de 2011, se dice, sobre la finalidad de este, lo siguiente:

"El Préstamo concedido en virtud de la póliza de la que este documento es anexo tiene como destino la cancelación de todos los importes debidos por el cliente al Banco en virtud del instrumento financiero de Collar de Tipos de Interés suscrito entre el Cliente y el Banco el día 19 de octubre de 2007 con referencia 20024818.

" Como consecuencia de lo anterior desde la firma del presente acuerdo las partes reconocen que quedan totalmente finiquitadas y saldadas sus pretensiones frente a la respectiva contraparte del contrato referido en el párrafo anterior".

A juicio de la recurrida, esta cláusula, como constitutiva de un pacto transaccional que contiene, a su vez, una renuncia, lo que demostraría es que la póliza de préstamo de 14 de junio de 2011, se suscribió, como hecho posterior a la celebración del swap, para conferir a este eficacia definitiva y suprimir la incertidumbre sobre sus efectos, siendo representativa de un acto inequívoco que implica una voluntad de extinguir las acciones que se postularon en la demanda, incluida la acción indemnizatoria que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia.

Sin embargo, lo cierto es que la cláusula referida no contiene mención alguna a la voluntad de las partes de transaccionar, ante la existencia de una situación controvertida, con la intención o afirmada finalidad de evitar un pleito. Y tampoco existe en la cláusula, alusión alguna a las obligaciones mutuas sin las que resulta inconcebible, dado su carácter bilateral (o plurilateral) una transacción, lo que no significa, ciertamente, que la transacción exija iguales alcances o paridad de condiciones, pero sí, por imperativo legal, conforme a lo dispuesto en el art. 1809 CC, que cada una de las partes dé, prometa o retenga alguna cosa, pues si alguna no lo hace, lo que existiría, conforme a nuestra doctrina, es una mera renuncia de la otra (por todas, sentencia 545/2010, de 9 de diciembre). De lo que se sigue que la cláusula mencionada no integra el pacto transaccional que refiere la recurrida.

No pudiendo apreciarse, tampoco, que dicha cláusula contenga la renuncia de la recurrente a las acciones que afirmó en el proceso, incluida la indemnizatoria del art. 1101 CC, puesto que nada claro y preciso recoge sobre el particular, por lo que a la vista de su contenido no es posible concluir la voluntad cierta de aquella de privarse de ellas o hacer dejación de la posibilidad de ejercerlas. Debiendo recordarse en este punto lo que ya hemos dicho en numerosas resoluciones (por todas, sentencias 314/2022, de 20 de abril, 983/2001, de 30 de octubre, 609/2017, de 15 de noviembre y STS 190/2021, de 31 de marzo):

"[...] que la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no, según los casos y supuestos en que se produzca, dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, que, como manifestación de voluntad llevada a cabo por el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos, por lo que no puede inducirse de actos más o menos equívocos y debe interpretarse restrictivamente".

Lo único que se puede concluir con seguridad de la cláusula comentada es: (i) que el préstamo objeto de la póliza suscrita el 14 de junio de 2011 se concedió para que la recurrente pagará a la recurrida todo lo que le adeudaba por razón del swap; (ii) y que de esta forma el swap quedaba finiquitado y la deuda generada por él



saldada, quedando la recurrente obligada a la devolución del préstamo. Lo que no es óbice para el ejercicio de la acción que estimó el Juzgado de Primera Instancia: la de indemnización de los daños y perjuicios causados a la recurrente por la contratación del swap a consecuencia de un incorrecto asesoramiento, puesto que, como dijimos en la sentencia 61/2021, de 8 de febrero, citando la 607/2020, de 12 de noviembre, y después de advertir (contestando al argumento desplegado en ese caso de que no cabía la acción de indemnización de daños y perjuicios, toda vez que la acción de anulabilidad estaba caducada) que son acciones distintas:

"[...] para el ejercicio de esa acción de daños y perjuicios no es óbice que la relación jurídica estuviera concluida o consumada, puesto que lo relevante es que no estuviera prescrita. Y tratándose de una acción personal, el plazo de prescripción es el del art. 1964, que no había transcurrido cuando se interpuso la demanda".

En consecuencia, la alegación de la recurrente sobre la existencia de un pacto transaccional en el que se contiene una renuncia de acciones no merece ser acogida, por lo que procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

TERCERO. *Costas y depósitos*

1. Al estimarse el recurso de casación no se condena a ninguno de los litigantes en las costas de dicho recurso (art. 398.2 LEC).
2. Al desestimarse el recurso de apelación se condena a la apelante en las costas de dicho recurso (art. 398.1 y 394.1 LEC).
3. Se dispone la devolución del depósito para recurrir en casación y la pérdida del depósito para recurrir en apelación (disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9 LOPJ, respectivamente).

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 Martizana, S.L. contra la sentencia dictada por la sección núm. 1 de la Audiencia Provincial de Murcia, con el núm. 394/2018, el 26 de noviembre de 2018, en el recurso de apelación 1003/2018, y casarla.
- 2.º- Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia, el 13 de abril de 2018, en el procedimiento ordinario 993/2015, y confirmarla.
- 3.º- No condenar a ninguno de los litigantes en las costas del recurso de casación.
- 4.º- Condenar a la apelante en las costas del recurso de apelación.
- 5.º- Disponer la devolución del depósito para recurrir en casación y la pérdida del depósito para recurrir en 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.