



Roj: **STS 722/2017 - ECLI:ES:TS:2017:722**

Id Cendoj: **28079110012017100137**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/02/2017**

Nº de Recurso: **759/2014**

Nº de Resolución: **131/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1712/2014,**
STS 722/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Sacyag S.L., representada por la procuradora D.ª María Jesús González Díez, bajo la dirección letrada de D. Óscar Monje Balmaseda, contra la sentencia núm. 29/2014, de 21 de enero, dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 658/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1344/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 82 de Madrid. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Javier Álvarez Díez y bajo la dirección letrada de D.ª Laura César Clavijo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Jesús González Díez, en nombre y representación de Sacyag S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Madrid (en la actualidad Bankia S.A.) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, estimando la demanda:

-Se declare nulo, y subsidiariamente, se proceda a su anulación, el contrato denominado "Contrato Marco de Compensación Contractual" de 25 de abril de 2008 firmado entre Caja Madrid y Sacyag,S.L.

-Se dejen sin efecto las liquidaciones efectuadas al amparo de dicho contrato así como las que se devenguen en el futuro en virtud de dicho contrato, y acuerde proceder a la devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades correspondientes a los cargos efectuados y que a día de la fecha ascienden a un total de 15.293,03 €, más los intereses que en su caso correspondan

-Y todo ello, con expresa imposición de costas a los demandados».

2.- La demanda fue presentada el 11 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 82 de Madrid, fue registrada con el núm. 1344/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Javier Álvarez Díez, en representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] se dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda presentada por SACYAG frente a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, hoy BANKIA, con expresa imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 82 de Madrid dictó sentencia núm. 165/2013, de 1 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la procuradora Sra. González Díez en nombre y representación de SACYAG S.L. contra CAJA MADRID actualmente BANKIA, representada por el procurador Sr. Álvarez Díez, y en consecuencia debo absolverla y la absuelvo de los pedimentos instados en su contra, y ello con imposición a la parte actora de las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Sacyag S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 658/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. González Díez, en nombre y representación de SACYAG, S.L., contra Sentencia de fecha 1 de julio de 2013 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 82 de Madrid en autos de Juicio Ordinario nº 1344/2011, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, imponiendo las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito constituido».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª María Jesús González Díez, en representación de Sacyag S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 5.5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación.

»Segundo.- Infracción de los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 42/2007 de 19 de diciembre por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores.

»Tercero.- Infracción del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1265 y 1266 del Código Civil ».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sacyag, S.L. contra la Sentencia dictada el 21 de enero de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) en el rollo nº 658/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1344/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 82 de Madrid».

3.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de votación y fallo.

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 15 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 25 de abril de 2008, la compañía mercantil Servicios Administrativos Contables y Asesoría General S.L. (Sacyag S.L.) y Caja Madrid (actualmente, Bankia S.A.) concertaron un contrato denominado «marco de compensación contractual».



El 2 de junio de 2008, las mismas partes suscribieron un contrato denominado «confirmación de operaciones derivadas», con un nominal de 200.000 ? y un plazo de duración tres años, que en ambas instancias ha sido calificado como un contrato de permuta de intereses.

2.- Sacyag formuló demanda contra Bankia, en la que solicitaba la nulidad de los mencionados contratos por vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente que, dado que el objeto social de la actora es precisamente el asesoramiento administrativo y contable y que entre los primeros contactos entre las partes y la firma de los contratos transcurrieron varios meses, cabe presumir que la demandante era conocedora del producto, por lo que no puede alegar error en el consentimiento. En su virtud, desestimó la demanda.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandante, fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La propia estructura societaria y administrativa de la sociedad demandante hace difícil que le pudieran pasar desapercibidas la naturaleza del contrato y de los riesgos; (ii) El que tardara casi un año en firmar el contrato evidencia que hubo tiempo suficiente para informarse sobre las características del producto, e incluso para buscar otras vías alternativas de financiación; (iii) No están acreditados los déficits de información en que se basa la demanda. Como consecuencia de lo cual, confirmó la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso de casación. Control de incorporación de condiciones generales de la contratación.*

Planteamiento :

1.- Sacyag formuló un primer motivo de casación, en el que alegó infracción del art. 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

2.- En el desarrollo del motivo, se aduce, resumidamente, que las condiciones generales en las que se definen las características esenciales del producto financiero ofertado a la recurrente no cumplen en su redacción los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez que exige el mencionado precepto legal. Y la sentencia no solo no tiene en cuenta tal exigencia, sino que carga la responsabilidad del deber de información al propio cliente.

Decisión de la Sala :

1.- La contratación con condiciones generales implica una especial forma de contratar en la que una de las partes en el contrato predetermina el contenido contractual excluyendo a la otra de la elaboración de dicho contenido. Dentro de los controles que sobre las condiciones generales establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. No obstante, pese a que la transparencia se incluya en el ámbito de la claridad y comprensibilidad de una cláusula (art. 5.5 LCGC), el control de incorporación y el control de transparencia son diferentes, puesto que, como viene desarrollando conceptualmente la jurisprudencia de esta Sala, una cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga económica del contrato, es decir lo que representa el contrato para el consumidor no sea transparente.

2.- Sobre tales bases, no se justifica en el motivo cuáles serían las cláusulas del contrato cuya redacción no fuera comprensible. Y respecto de la transparencia, a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio, la jurisprudencia excluye el control de transparencia material o cualificada en los contratos celebrados con no consumidores, como es el caso.

3.- Realmente, lo que se plantea en el motivo es un problema conexo con la transparencia, que es la suficiencia de la información ofrecida al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero ofertado por la entidad de servicios de inversión. Pero dicha cuestión no tiene su genuino campo de tratamiento en sede de condiciones generales de la contratación, sino en la normativa del mercado de valores, y específicamente, en atención a la fecha del contrato, en la normativa MiFID. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre la suficiencia de la información al abordar el resto de motivos planteados.

TERCERO.- *Motivos de casación segundo a cuarto. Planteamiento y resolución conjunta.*

1.- El motivo segundo de casación denuncia infracción de los arts. 78 bis y 79 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV). El tercero, infracción del Real Decreto 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Y el cuarto, infracción de los arts. 1265 y 1266 CC.



2.- En la medida que, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala, el incumplimiento de los deberes legales de información hace presumir el error en el consentimiento, se resolverán conjuntamente.

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

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

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

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

QUINTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida



se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial ni siquiera llega a afirmar que se ofreciera información al cliente, sino que únicamente presume que, como se trata de una empresa con cierta relevancia en el tráfico mercantil, que se dedicaba al asesoramiento administrativo y que las negociaciones se prolongaron en el tiempo, debería tener conocimientos financieros suficientes para entender el producto.

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

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

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

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». No se trata de que Bankia pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, a fin de estimar la demanda. Si bien, únicamente debe declararse la nulidad del contrato de permuta financiera,



puesto que el contrato marco de compensación o CMOF es un contrato marco que, a estos efectos, no tiene virtualidad propia por sí mismo.

SEXTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, conforme previene el art. 398.2 LEC .

2.- Como quiera que, a su vez, la estimación del recurso de apelación conlleva la estimación sustancial de la demanda (la desestimación respecto de la pretensión de nulidad del CMOF no afecta al núcleo de la cuestión litigiosa), deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC .

3.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª LOPJ .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Sacyag S.L. contra la sentencia núm. 29/2014, de 21 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, en el recurso de apelación núm. 658/2013 .

2.º- Casar y anular dicha sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Sacyag S.L. contra la sentencia núm. 165/2013, de 1 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 82 de Madrid , en el juicio ordinario núm. 1344/2011, que revocamos y dejamos sin efecto. 3.º- Estimar la demanda formulada por Sacyag S.L. contra Bankia S.A. y declarar la nulidad del contrato de confirmación de operaciones de derivados (permuta financiera) celebrado entre las partes el 2 de junio de 2008, con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde la fecha de abono. 4.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación. 5.º- Condenar a Bankia S.A. al pago de las costas de la primera instancia. 6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación. 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.