



Roj: **STS 901/2017 - ECLI:ES:TS:2017:901**

Id Cendoj: **28079110012017100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **1789/2014**

Nº de Resolución: **164/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5180/2014,**
STS 901/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1089/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la entidad mercantil Grup Immobiliari Castmor S.L., representada ante esta sala por el procurador de los Tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia; siendo parte recurrida la entidad mercantil Catalunya Banc S.A., representada por el procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1- La representación procesal de la entidad mercantil Grupo Immobiliari Castmor S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad mercantil Caixa D'Estalvis de Catalunya, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1.- Declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras del 1 de marzo de 2007 y de sus anexos I y II por vicio del consentimiento al amparo del Art. 1.265 del C.C .

»2.- Declarando la nulidad de la orden firme de contratación de COLLAR CON BARRERAS dimanante del mismo, por vicio del consentimiento al amparo del Art. 1.265 del C.C .

»3.- Condenando a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones del nulidad.

»4.- Condenando a la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, a reintegrar a GRUP INMOBILIARI CASTMOR S.L., todas las cantidades percibidas por las operaciones de COLLAR CON BARRERAS, desde la fecha de contratación, el 11 de julio de 2008, hasta la fecha de la Sentencia firme que declare tal nulidad, previa deducción de las cantidades pagadas por la citada entidad a mi mandante, constante operaciones en curso.

»5.- Condenando a la entidad demandada al pago de las costas del presente proceso.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:



«... se dicte sentencia DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda con imposición de las costas a la demandante.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 19 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimo la demanda postulada por la representación GRUP IMNOVILIARIA CASTMOR S.L. y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha uno de marzo de 2007 y de sus anexos primero y segundo por vicio del consentimiento al amparo del artículo 1265 del código civil; dos; declaro la nulidad de la orden firme de contratación de collar con barreras dimanante del mismo, por vicio del consentimiento al amparo del artículo 1265 del código civil; tres; condeno a la demandada, CATALUNYA CAIXA, a estar y pasar por tales declaraciones de nulidad; cuatro; condeno a la entidad demandada a reintegrar a la mercantil actora, todas las cantidades percibidas por las operaciones de collar con barreras, desde la fecha de contratación 11 de julio de 2008, hasta la fecha de la sentencia firme que declare tal nulidad, previa deducción de las cantidades pagadas con la citada entidad a la actora, constante operaciones en curso; quinto; condeno a la entidad demandada al pago de las costas del presente procedimiento.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 15 de mayo de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por CATALUNYA BANC, S.A., contra la sentencia de fecha diecinueve de marzo de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Barcelona en el proceso mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimamos la demanda formulada por GRUP INMOBILIARI CASTMOR, S.L., contra la citada recurrente, a la que absolvemos libremente de la pretensión deducida frente a ella, con imposición a la demandante de las costas de la primera instancia y sin hacer pronunciamiento respecto a las del recurso. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.»

TERCERO.- El procurador don Jesús María Millán Lleopart, en nombre y representación de Grup Immobiliari Castmor S.L. interpuso recurso de casación que contiene dos motivos, ambos por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 y la infracción del art. 79.bis 3.º y 6.º LMV, y el RD 217/2008, por incumplimiento de la obligación de practicar el test de idoneidad y falta de información de los riesgos asociados al instrumento financiero contratado.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación Catalunya Banc S.A. (antes, Caixa D'Estalvis de Catalunya) representada por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 28 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Grup Immobiliari Castmor S.L. formuló demanda de juicio ordinario contra Caixa d'Estalvis De Catalunya en ejercicio de acciones de nulidad del contrato marco de operaciones financieras celebrado entre las partes el 1 de marzo de 2007 y de sus anexos I y II, por vicio del consentimiento, y de nulidad de la orden firme de contratación de «collar con barreras» de fecha 11 de julio de 2008, también por vicio del consentimiento, solicitando la adopción de medida cautelar para la suspensión de efectos de los referidos contratos.

La demandante, empresa dedicada a la promoción, rehabilitación y construcción de viviendas, mantenía relaciones financieras con la demandada para la operativa de su negocio. En el curso de estas relaciones concertó préstamo con garantía hipotecaria por importe de 8.000.000 euros sobre un local de su propiedad sito en Barcelona, que fue vendido a terceros el 16 de abril de 2009, subrogándose los adquirentes en el citado crédito hipotecario.

En el mes de febrero de 2007, la demandante solicitó de Caixa d'Estalvis de Catalunya una póliza de crédito de 6.500.000 euros, con tipo de interés variable que, tras el oportuno estudio por parte de la demandada, fue aceptada siempre y cuando Grup Immobiliari Castmor S.L. cumpliera los siguientes requisitos: 1.- La constitución de un depósito de 4.000.000 euros; y 2.- La suscripción del contrato marco de operaciones



financieras, cuya nulidad ahora se postula y de la orden de contratación firme de SWAP que la entidad financiera exigió para cubrir los riesgos de alza del tipo de interés.

Así, el 29 de marzo de 2007, se suscribió el contrato marco de operaciones financieras, fechado a 1 de marzo de 2007, y el 12 de abril siguiente la póliza de crédito por 6.500.000 euros. Igualmente se suscribió la orden firme de contratación de «swap» fechada el 2 de marzo de 2007.

En el «suplico» de la demanda se solicitaba que se dictara sentencia por la cual: A) Se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras del 1 de marzo de 2007 y de sus anexos I y II por vicio del consentimiento al amparo del artículo 1.265 CC ; B) Se declare la nulidad de la orden firme de contratación de «collar con barreras» dimanante del mismo, por igual motivo; C) Se condene a la demandada a reintegrarle todas las cantidades percibidas por las operaciones de «collar con barreras», desde la fecha de contratación, el 11 de julio de 2008, hasta la fecha de la sentencia firme que declare tal nulidad, previa deducción de las cantidades pagadas por la citada entidad a mi mandante, constante operaciones en curso; y D) Se condene a la demandada al pago de las costas.

La demandada se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona dictó sentencia de fecha 19 de marzo de 2012 por la cual estimó la demanda. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la demandada y la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.ª) dictó sentencia de fecha 15 de mayo de 2014, que fue estimatoria del recurso desestimando la demanda con imposición de costas de primera instancia a la demandante. Indica la Audiencia que, pese a la omisión de la formalización del test y pese a las dudas que puedan albergarse sobre si folleto informativo facilitado destacaba suficientemente los riesgos, la demandante supo suficientemente lo que firmaba y los riesgos que comportaba, ya que existieron conversaciones previas entre las partes y existió negociación, ya que la demandada pidió que se firmase un collar por más de 17 millones de euros y a un plazo de 15 años, lo que no fue aceptado por la demandante, y al final el contrato se hizo por 5 años. También tuvo en cuenta la Audiencia que el consejero delegado de la demandante manifestó que la contraprestación para la Caja de Ahorros era que, si el euríbor bajaba, la demandante no se beneficiaría, lo que demuestra que conocía el riesgo de que, al bajar el tipo de interés, ella hubiese de pagar y por tanto no se beneficiaba de la bajada de tipos en los otros productos contratados a interés variable. Lo anterior pone de manifiesto, según la Audiencia, que era conocido para la demandante el riesgo del contrato. A ello se añade que Grup Immobiliari Castmor S.L. contaba con un asesor financiero, el contrato constaba de una sola hoja y era comprensible, al menos para personas acostumbradas a tratar con la banca y a concertar operaciones sujetas a interés. No se trataba de una pequeña empresa ignorante en cuestiones bancarias, pues tenía operaciones con la banca por un total muy importante. Sabía en qué consistía la contraprestación a favor de la demandada y no existió error en la contratación.

Contra la anterior sentencia, la demandante interpuso recurso de casación por interés casacional alegando oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- En los dos motivos que integran el recurso se alega la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en materia de presunciones «iuris tantum» de existencia de vicio en el consentimiento por falta de test de idoneidad, y la infracción del art. 79.bis 3.º y 6.º LMV, y el RD 217/2008, por incumplimiento de la obligación de practicar el test de idoneidad y falta de información de los riesgos asociados al instrumento financiero contratado.

La Sentencia n.º 840/2013 del pleno de esta sala del 20 de enero de 2014, delimitando la interpretación y aplicación de la normativa MIFID y del artículo 79 bis de la LMV, dice en su Fundamento de Derecho Sexto, como recoge la parte recurrente en la formulación del motivo, lo siguiente:

«para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos ».



La misma sentencia afirma que

«por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que 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, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero».

En el caso allí considerado, la sentencia afirma que el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que quedó probado que el cliente minorista que contrató el «swap de inflación» no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.

Añade dicha sentencia que

«lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, 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».

De ahí que no quepa considerar que la sentencia impugnada vulnere la doctrina jurisprudencial señalada y los artículos que se dicen infringidos. La sentencia recurrida dice al respecto lo siguiente:

«Dadas las circunstancias, pese a esta omisión de la formalización del test y pese a las dudas que puedan albergarse respecto al folleto informativo facilitado, *la sala tiene la convicción de que la demandante supo suficientemente lo que firmaba y los riesgos que comportaba*. Séptimo: Que hubo conversaciones entre las partes es evidente. Siempre las hay en estos casos y lo que casi nunca puede llegar a saberse con certeza es el contenido de esas conversaciones. Pero en este caso no es sólo que hubiera conversaciones, sino que el contrato se negoció, como resulta de la declaración de D. Roque, consejero delegado de la demandante. De entrada hay que señalar que Grup Inmobiliari Castmor, S.L., no era una empresa muy pequeña. Tampoco era muy grande, evidentemente. Pero según reconoció el señor Roque su pasivo crediticio podía rondar los 86 millones de euros cuando se firmó nuestro contrato. Compromisos contraídos, según afirmó, a interés variable, referenciado al euríbor. Aseguró dicho señor que la demandada les pidió que firmasen un collar por mucho más de 17 millones y a un plazo de 15 años, lo que calificó el declarante de barbaridad. La demandante dijo que no, que eso era imposible, de modo que al final el contrato se hizo de 17 millones y por 5 años. Es obvio, por tanto, que hubo negociación».

Por ello el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- La desestimación del recurso determina la condena en costas causadas por el mismo a la parte recurrente (artículos 394 y 398 LEC) y que proceda la pérdida del depósito constituido para su interposición (Disposición Adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial).

FALLO

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



1.º - No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Grup Immobiliari Castmor S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.ª) de fecha 16 de mayo de 2014, en Rollo de Apelación n.º 612/2012 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la entidad hoy recurrente contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, hoy Catalunya Banc S.A. 2.º- Confirmar la sentencia recurrida. 3.º- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso, con pérdida del depósito constituido para su interposición. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ