



Roj: **STS 1220/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1220**

Id Cendoj: **28079110012017100199**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **2543/2013**

Nº de Resolución: **204/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10167/2013,**
STS 1220/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 323/2012 por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 916/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Ricard Simó Pascual en nombre y representación de la mercantil T.J.M. 3000 S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Silvia Vázquez Senín en calidad de recurrente y el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Unnim Banc.S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Carmen Gros Díaz, en nombre y representación de la mercantil T.J.M. 3000 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Juan Ignacio Navas Marqués contra Caixa Sabadell y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«La nulidad del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros de fecha 20 de julio de 2007 suscrito con la entidad demandada por no haber emitido el cliente un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento, se declare la nulidad del referido condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas a la actora por la demandada como consecuencia del funcionamiento del contrato cuya nulidad se postula, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia del mencionado contrato, más los intereses legales desde su reclamación, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO .- El procurador don Josep Gubern Vives, en nombre y representación de Caixa D'Estalvis Unió Caixes Manlleu, Sabadell i Tarrassa (en adelante Caixa Sabadell), y asistido del letrado don Juan Ignacio Sanz Caballero contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«La desestimación de la demanda interpuesta por la demandante contra Caixa Sabadell, con absolución expresa de ésta y declaración de validez del contrato impugnado en autos;

»la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».



TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell, dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo estimar y estimo en su integridad la demanda interpuesta por la procuradora doña Carmen Gros Díaz, en nombre y representación de T.J.M 3000 S.L, contra Caixa de Sabadell, actualmente Caixa D'Estalvis Unió de Caixes Manlleu, Sabadell i Terrassa, debiendo, por tanto, declarar la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros de fecha 20 de julio de 2007 suscrito entre las partes, por no haber emitido la demandante un consentimiento válido, sino que fue prestado por error, en consecuencia, deberán las partes restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas durante la vigencia del contrato, incrementadas con el interés legal correspondiente. Se imponen las costas procesales a la parte demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 6 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Unnim Banc S.A., contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Sabadell en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimando la demanda, absolvemos libremente a dicha recurrente de la pretensión deducida frente a ella, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de ninguna de las dos instancias. Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de T.J.M. 3000 S.L., argumentando el recurso de casación con apoyo en un único motivo: Recurso de casación por razón de interés casacional artículo 477.2.3.º por infracción del artículo 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y los artículos 16 y art. 5.3 del Anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo . El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de noviembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto y la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal, dando traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Unnim Banc S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) por error vicio en el consentimiento prestado. Dicho contrato es anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

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

I) La entidad financiera no ha acreditado que suministrara más información que la contenida en el contrato.

II) No se ha acreditado que el folleto informativo del producto financiero fuese entregado al cliente.

III) Aunque hubo conversaciones previas, no se ha acreditado el contenido de las mismas.

3. En síntesis, el 20 de julio de 2007, la entidad T.J.M. 3000 S.L., suscribió con la Caixa Sabadell (en la actualidad Unnim Banc S.A.) un contrato de permuta financiera (swap) por un nominal de 1.000.000 euros, con fecha de inicio al 27 de julio de 2007 y vencimiento el 27 de enero de 2011.

Durante los seis primeros trimestres el cliente recibió una liquidación positiva que ascendió a 192,28 euros por trimestre. Sin embargo, desde abril de 2009 hasta enero de 2010, el cliente recibió una liquidación negativa que ascendió de media a 8.973,96 euros por trimestre.

Consultada la entidad financiera acerca del coste de cancelación, la respuesta dada, en junio de 2009, fue que dicho coste ascendía a 67.800 euros.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta. En esencia, destacó que se trataba de un contrato complejo al que el cliente se adhería. Que sus expresiones no eran suficientemente clarificadoras del



riesgo que se derivaba del producto. Que, a su vez, se ensalzaban las ventajas, pero no se advertía debidamente de los citados riesgos. También resaltó que no había una información clara y precisa acerca del coste que tendría que asumir el cliente en el caso de la cancelación anticipada del producto.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso, por lo que revocó la sentencia de primera instancia con la desestimación de la demanda. En este sentido, tras reconocer que la única información suministrada era la que se contenía en el contrato, consideró que dicha información era suficiente para gestores que estaban acostumbrados a manejar tipos de interés. Que además se firmó el contrato y que en el mismo el cliente manifestaba que era consciente del riesgo de la operación. Por último, con relación a la cláusula de cancelación anticipada, consideró que, de acuerdo con la normativa general, carecía de trascendencia que no se fijase el coste para el cliente y se indicase, sólo, que se le repercutirían los daños y perjuicios causados a la entidad financiera.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal que ha resultado inadmitido y recurso de casación que ha sido admitido.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contrato de permuta financiera (swap) anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones y deberes de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

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

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y de los artículos 16 y 5.3 del Anexo I del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.

2. El motivo debe ser estimado.

Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, debe señalarse lo siguiente.

Antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras.

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos «[...]».

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

3. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información 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 ; y 510/2016, de 20 de julio).

4. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero, o del riesgo que podía comportar el coste económico de su cancelación anticipada. Estos deberes no se cumplen atendiendo principalmente a la mera literalidad genérica de los contratos suscritos.

En este sentido, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. 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.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.^a, núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Caixa Sabadell, actualmente Unnim Banc S.A., pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

La omisión de este deber no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber 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 suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error.

5. Por último, con relación a la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera, esta sala, en su sentencia 594/2016, de 5 de octubre , ha declarado lo siguiente:

«[...]En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál sería 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 magnitudes están relacionadas con el pronóstico, sobre la evolución de la variable económica de referencia 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 antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, 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 y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte



más conveniente. De no hacerlo así, la «apuesta» que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

»En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el coste de cancelación se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

»Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba».

6. En consecuencia, 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 desestimar el recurso de apelación interpuesto por Unnim Banc S.A., contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Unnim Banc S.A., por lo que se le condena a estas costas de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad T.J.M. 3000 S.L., contra la sentencia dictada, con fecha 6 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.ª, en el rollo de apelación núm. 324/2012 , que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada, para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell, de 19 de diciembre de 2011 , dictada en el juicio ordinario núm. 916/2010. **2.** No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. **3.** Imponer las costas de apelación a la parte demandada y apelante. **4.** Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**