

Roj: **STS 1857/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1857**Id Cendoj: **28079110012017100277**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/05/2017**Nº de Recurso: **1465/2014**Nº de Resolución: **279/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 552/2014,**  
**STS 1857/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 9 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 547/2012, de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 39/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sant Boi de Llobregat; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Obdulio, representado por la procuradora Dña. Ana María Bernaus Vidorreta, bajo la dirección letrada de D. Pablo Camprubí Garrido, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. María Lourdes Madrid Sanz en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Dña. Blanca María Grande Pesquero, bajo la dirección letrada de D. David Martínez Toledo. Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Obdulio, representado por la procuradora Dña. Ana María Bernaus Vidorreta y asistido del letrado D. Pablo Camprubí Garrido, interpuso demanda de juicio ordinario, solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras y sus anexos suscritos en fecha 18 de julio de 2007 y del contrato de swap creciente subvencionado con barreras de fecha 18 de julio de 2007, contra Banco Sabadell S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Declarando la nulidad de pleno derecho del contrato marco y del contrato de swap suscrito por el Sr. Obdulio, acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de mi mandante en las liquidaciones anuales realizadas de acuerdo al contrato suscrito, más los intereses legales y condenando al demandado al pago de las costas procesales».

**2.-** El demandado Banco de Sabadell S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Eugeni Teixido Gou y bajo la dirección letrada de D. Ángel Segarra Barrachina, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todas las pretensiones contra ella dirigidas, con expresa imposición de costas a la parte actora».



**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Boi de Llobregat se dictó sentencia, con fecha 9 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que, con estimación total de la demanda interpuesta por Obdulio , debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de contrato marco y del contrato swap suscrito entre las partes de la presente controversia y que trae causa a esta resolución, con la consecuente restitución de las cantidades abonadas recíprocamente y de los intereses legales. Debo condenar y condeno a Banco Sabadell al pago de todas las costas».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, Banco de Sabadell S.A., la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 30 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco de Sabadell, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Boi de Llobregat con fecha 9 de marzo de 2012 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y, en su lugar, dictamos otra por la que desestimamos íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de D. Obdulio y sin efectuar expresa imposición de las costas originadas en ambas instancias».

Habiéndose solicitado complemento de la sentencia por la parte demandante, D. Obdulio , fue denegado por la misma sección en auto de fecha 27 de marzo de 2014 .

**TERCERO.- 1.-** Por D. Obdulio se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que fue inadmitido por esta sala y se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- Por razón de interés casacional fundado en el art. 477 inciso 2.3 de la LEC , al existir jurisprudencia claramente contradictoria de distintas Audiencias Provinciales en el tratamiento de la cuestión objeto de la litis. En la sentencia recurrida los preceptos legales infringidos han sido: los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 del Código Civil , los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (reformada por Ley 47/2007 del 19 de diciembre) y los arts. 58 a 74 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir únicamente el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de Banco Sabadell S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 3 de mayo de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes .**

**1.** La demanda.

La demanda se interpone por un particular contra el banco (Banco de Sabadell), sobre nulidad por error en el consentimiento.

El contrato suscrito el 29 de agosto de 2007 (y el contrato marco suscrito el 18 de julio de 2007).

**2.** La sentencia de primera instancia. Estimó la demanda. Esta sentencia se basa en la declaración del propio empleado del banco que intervino en la comercialización del swap, de la que llegó a la conclusión de que no se le explicó al cliente el alcance del verdadero riesgo.

**3.** La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación del banco y desestimó la demanda.

Esta sentencia excluye el error porque:

- El demandante es director general de una empresa, socio en un grupo de empresas, administrador de otra empresa, había contratado un swap con anterioridad ya, contrató el litigioso en un marco de confianza con el apoderado del banco con el que venía manteniendo relaciones comerciales desde hacía años.



- El swap se le ofreció en cumplimiento de la Ley 36/2003, al ampliar la hipoteca, dada la volatilidad de los tipos.
- La existencia de liquidaciones negativas no significa que el producto no contribuyera a estabilizar los intereses.
- No se puede decir que el banco no informara.
- En la solicitud de contratación constaban las condiciones y se le entregó al cliente un folleto informativo, y hubo tiempo suficiente desde el ofrecimiento hasta la firma para que el cliente se formara pleno conocimiento.

#### 4. El recurso de casación.

Se interpone por el demandante en base al interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre:

- La suficiencia de la documentación contractual para entender cumplido el deber de información.
- Nivel de diligencia exigible al cliente.
- Perfil del cliente.
- Nivel de información.

#### **SEGUNDO** .- *Hechos acreditados.*

- 1.- Consta que el importe del swap se correspondía con el de un préstamo hipotecario concertado con la entidad.
- 2.- El demandante no tenía experiencia acreditada en productos financieros complejos.
- 3.- Relación de confianza entre el demandante y el apoderado del banco.
- 4.- Información precontractual.

#### **TERCERO** .- *Motivo único.*

Por razón de interés casacional fundado en el art. 477 inciso 2.3 de la LEC , al existir jurisprudencia claramente contradictoria de distintas Audiencias Provinciales en el tratamiento de la cuestión objeto de la litis.

Fundado en el artículo 477.2.3 LEC , en la sentencia recurrida los preceptos legales infringidos han sido: los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 del Código Civil , los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (reformada por Ley 47/2007 del 19 de diciembre) y los arts. 58 a 74 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.

Motiva el recurrente:

«Recurso de casación fundado en razón de interés casacional.

»Primero.- Como hemos anunciado, el recurso de casación se fundamenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la presente cuestión.

»Concretamente citamos como contradictorias las sentencias que adjuntamos al presente escrito como documentos 2 y 3 de fechas 10 de enero de 2012 y 26 de enero de 2012, correspondientes a la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Badajoz, como documentos 4 y 5 sentencias de fecha 9 de noviembre de 2012 y 1 de julio de 2013 correspondientes a la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Barcelona ; y frente a ellas, citamos como sentencias contradictorias, la sentencia recurrida y como documentos 6 y 7 sentencias de fechas 12 de diciembre de 2011 y 27 de septiembre de 2012 correspondientes a la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona .

»Existen muchas más sentencias en el mismo sentido que las indicadas en primer orden. Dichas sentencias las citamos a mayor abundancia por guardar las mismas contradicciones con la recurrida y las citadas en último lugar. Entre estas cabe destacar las siguientes: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1 sentencia de 13-12-2011 y 16-12-2010, Sección 15 sentencia 19-04-2012 y 20-09-2012 , Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13 sentencia 14-02-2012 , Sección 24 sentencia 20-10-2011 , Sección 11 sentencia 28-01-2013 , Sección 9 sentencia 24-09-2012 , Sección 18 sentencia 06-07-2011 , Sección 19 sentencia 11-05-2012 , Audiencia Provincial de Burgos Sección 3 sentencias 445 y 486, Audiencia Provincial de León Sección 2 sentencia 17-05-2011 , Audiencia Provincial de Álava sentencia 217/2011 , Audiencia Provincial de Bizkaia sentencia 690/2010 ....».

#### **CUARTO** .- *Decisión de la sala.*



Se estima el motivo.

De la redacción de las cláusulas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.

Examinado el contrato no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección a la persona jurídica pues la diatriba no es **consumidor** o profesional, sino meramente la de inversor profesional o minorista.

La actora alegó que creía haber suscrito un seguro de tipo de interés y no una apuesta sobre tipos de interés.

La excusabilidad del error no queda diluida por el hecho de que se le facilitase información precontractual, pues la misma, bajo la forma de «solicitud» es tan incomprensible para el no experto como la contenida en el contrato de swap.

**QUINTO** .- *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.*

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.

2.- No obstante, 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. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en la sentencia recurrida, 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».

**SEXTO** .- *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 ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 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 de los contratos litigiosos; 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 no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. 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 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.

**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 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 el Banco 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, lo 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 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.



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 la demanda, en concreto la petición de anulabilidad, por concurrencia de error ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil ).

6.- Casamos la sentencia y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha de 9 de marzo de 2011, en autos de juicio ordinario núm. 39/2011 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Boi.

**SÉPTIMO** .- No procede imposición de costas derivadas del recurso de casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación ( arts. 394 y 398 LEC ).

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 D. Obdulio contra sentencia de 30 de enero de 2014, apelación núm. 547/2012, dictada por la sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona . 2.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 9 de marzo de 2011, en autos de juicio ordinario núm. 39/2011 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Boi. 3.º- No procede imposición de costas derivadas del recurso de casación. Se acuerda la devolución del depósito para recurrir. 4.º- Se imponen a la demandada las costas de la 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.