



Roj: **STS 2253/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2253**

Id Cendoj: **28079110012017100345**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2017**

Nº de Recurso: **657/2014**

Nº de Resolución: **356/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1761/2014,**  
**STS 2253/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 6 de junio 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. 982/2012 por la sección 20.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1195/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 53 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña María del Rosario Fernández Molleda en nombre y representación de la mercantil Promociones Inversiones Sañudo S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación dicha procuradora en calidad de recurrente y el procurador don Francisco José Abajo Abril en nombre y representación de Bankia S.A., en calidad de recurrido.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña María del Rosario Fernández Molleda, en nombre y representación de Promociones-Inversiones Sañudo S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Eugenio Baz Pereira contra Caja Madrid de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«a) La nulidad de los contratos firmados entre las partes con fecha 12 de Mayo de 2.008 (documentos números 2 y 3 de la demanda).

»b) La obligación de la demandada de restituir a la demandante las prestaciones económicas recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la demandada al reintegro a mi representada de todas las liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria, con igual fecha valor y a retroceder cuantos intereses, comisiones y gastos le hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones, que al día de la fecha de la interposición de la demanda, ascienden a 231.207,86 euros.

»c) Declarando, además, la no obligación de la demandante de pagar ningún otro interés que provenga de los contratos firmados con fecha 12 de Mayo de 2.008, así como la última liquidación de 30 de Mayo de 2.011 (documento nº 15).

»d) Para el supuesto de que no se estime la nulidad de los contratos y los pedimentos, como consecuencia de esa nulidad, tal y como hemos solicitado anteriormente, interesamos que estimando la acción de enriquecimiento injusto, se condene a la parte demandada, a devolver a la demandante, la cantidad de 231.207,86 euros, que es la cantidad de la que hasta la fecha se ha enriquecido injustamente, ó aquella otra



que resultare a lo largo del procedimiento judicial, por cargos que con posterioridad a esta fecha proceda a hacer la entidad demandada.

e) Todo ello con expresa imposición de costas judiciales a la entidad demandada».

**SEGUNDO** .- La procuradora doña Lucila Torres Ríos, en nombre y representación de Bankia S.A. antes Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, y asistido de la letrada doña Laura Fernández Prieto, 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:

«Se desestimen todas las pretensiones de la demanda, absolviendo a mi patrocinada de todos los pedimentos de adverso y condene a la actora al pago de las costas».

**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 53 de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la demanda promovida por el Procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Rosario Fernández Molleda en nombre y representación de Promociones Inversiones Sañudo S.L. contra Cala Madrid hoy Bankia S.A. representada por el Procurador D.<sup>a</sup> Lucila Torres Ríos, debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de compensación contractual y documento de confirmación de operaciones de derivados de 12 de mayo de 2008 condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración de nulidad con la obligación de restituir al actor la suma de 231.207,86€ cargados como consecuencia de las liquidaciones practicadas con intereses, comisiones y cargos y sin que el actor, dada la nulidad declarada tenga obligación alguna de hacer efectivo el pago de la última liquidación no satisfecha.

Las costas se imponen a la parte demandada.

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankia, S.A. contra la Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2012 dictada por el Juzgado de la Instancia nº 53 de Madrid en el Juicio Ordinario nº 1.195/11, debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda formulada en su contra por Promociones- Inversiones Sañudo, S.L., condenando a la actora al pago de las costas causadas en la primera instancia. No procede expresar condena en el pago de las costas de la segunda instancia, con devolución del depósito constituido».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Promociones-Inversiones Sañudo S.L., argumentando el recurso extraordinario con apoyo en el siguiente motivo: Artículo 469.1.2.º LEC, en relación con el artículo 218.2 LEC. Dicho recurso extraordinario por infracción procesal se desistió. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 488.2.3.º LEC. Segundo.- Artículo 477.2.3.º LEC, artículo 79 bis de la LMV en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil. Tercero.- Artículo 477.2.3.º LEC, artículo 79 bis, apartados 6 y 7 de la LMV en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil.

**SEXTO**.- Remitidas las actuaciones a la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de enero de 2017, se acordó la admisión del recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de Bankia 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 4 de mayo 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 de permuta financiera fue posterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

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

l) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.



II) El folleto publicitario ofertaba el producto como un instrumento adecuado para proteger al cliente contra la subida de los tipos de interés. A su vez, el documento de confirmación de la operación, contenía una caracterización genérica del producto financiero, con referencia a un sistema de liquidación abierto tanto a si el cliente «paga», o si «recibe». Para a continuación describir las ventajas del producto, sin referencia a los riesgos concretos del mismo. En el folleto publicitario se contemplaba un aviso legal que advertía del mero carácter ilustrativo del folleto, sin que pudiera desprenderse de el que la entidad estaba «sugiriendo que se tomara determinación alguna en base a la información suministrada».

III) El director de la sucursal reconoció que no facilitó al cliente ejemplos cuantitativos de las liquidaciones del producto financiero, según los diversos escenarios a considerar.

IV) El contrato marco de compensación contractual, en su cláusula 8.ª, contemplaba la declaración de las partes acerca de su capacidad para evaluar y entender, bien directamente o a través de asesoramiento profesional, los términos y condiciones del contrato y de los derivados financieros que se pudieran contratar al amparo del mismo.

**3.** En síntesis, la entidad Promociones Inversiones Sañudo S.L (en adelante Proinsa), entidad que se constituyó con la finalidad de construir 18 viviendas en una localidad de Cantabria, suscribió, el 30 de abril de 2008, con la entidad Caja Madrid (en adelante, Bankia), un préstamo hipotecario con afianzamiento personal por importe de 5.973.120 euros.

El 12 de mayo de 2008, a instancia de la entidad bancaria, ambas partes suscribieron un contrato marco de compensación contractual y una permuta financiera, bajo la denominación Floor, por importe nominal de 4.800.000 euros, con fecha de inicio de 30 de mayo de 2008 y vencimiento de 30 de mayo de 2011.

Dicha permuta financiera comportó unas liquidaciones negativas por importe de 231.207,86 euros.

**4.** En este contexto, Proinsa presentó una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaba, de modo principal, la nulidad de los referidos contratos por error vicio en el consentimiento prestado, y de modo subsidiario, la aplicación de la acción de enriquecimiento injustificado.

La entidad bancaria se opuso a la demanda y solicitó su absolución.

**5.** La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró que la entidad bancaria no había suministrado la información debida y que dicha falta de información afectaba de un modo esencial al consentimiento prestado por el cliente. Por lo que declaró la nulidad de dichos contratos.

**6.** Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia, con la desestimación de la demanda interpuesta.

En síntesis, pese al hecho de que el director de la sucursal no hubiese facilitado ejemplos cuantitativos de las liquidaciones según los diversos escenarios a tener en cuenta, consideró que la información contenida en el folleto publicitario y en los referidos contratos era suficiente, pues se resaltaba que el cliente podría «recibir» o «pagar».

Además, destacó que los contratos fueron firmados por ambas partes, que el contrato marco contenía una declaración de conocimiento acerca de lo que se firmaba y que el representante legal de la empresa, por razón de su cargo, debía informarse diligentemente sobre el contenido, alcance y riesgos de los contratos suscritos.

**7.** Frente a la sentencia de apelación la demandante interpone recurso de casación.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Contrato de permuta financiera posterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado.*

**1.** La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

**2.** En la formulación de dichos motivos, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 79 y 79 bis LMV y de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ; con cita de la sentencia de esta sala núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

**3.** Los motivos deben ser estimados.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el



deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación, Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, 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, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre ).

**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, Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos, ni con la mera firma o suscripción de los mismos.

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. 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».

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.

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 este deber que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error. 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. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 59512016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]Hemos declarado que el hecho de *que* el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» ( sentencia 676/2015, de 30 de noviembre )».

**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. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Bankia, y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

**TERCERO.- Costas y depósitos.**



1. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de costas de dicho recurso, 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 de la demandada, Bankia; por lo que procede su condena a las costas de su 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 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 Promociones Inversiones Sañudo S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 30 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20.ª, en el rollo de apelación núm. 982/2012 , que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia desestimamos el recurso de apelación de la demandada, Bankia S.A., y, en consecuencia, confirmamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid, de 7 de septiembre de 2012 , dictada en el juicio ordinario núm. 1195/2011. **2.** No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. **3.** Procede condenar a la parte demandada apelante a las costas de su apelación. **4.** Procede 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres