



Roj: **STS 2256/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2256**

Id Cendoj: **28079110012017100348**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **1128/2014**

Nº de Resolución: **368/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 15179/2014,**
STS 2256/2017,
AATS 7048/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Mataró. El recurso fue interpuesto por la entidad Catalonian in Time Europe SL, representada por el procurador Santiago Tesorero Díaz. Es parte recurrida la entidad Catalunya Banc S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Francesc D'Assis Mestres Coll, en nombre y representación de la entidad Catalonian in Time Europe SL, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Mataró, contra la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (hoy Catalunya Banc SA), para que se dictase sentencia:

«por la que se declare:

a) La nulidad de pleno derecho o, en su caso, se anule, el Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 10 de julio de 2007, sus Anexos I y II y Confirmación de Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés de 13 de julio de 2007, señalados en la demanda como documento número 1, formalizado entre mi mandante y la demandada, por concurrir error y/o dolo en el consentimiento prestado por mi mandante Catalonian in Time Europe SL.

b) Se condene a "Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa" a la restitución de las prestaciones que la declaración de nulidad conlleva, debiendo devolverse a mi mandante "Catalonian in Time Europe S.L." la cantidad de veinte mil quinientos ochenta y tres euros con setenta y tres céntimos (20.583,73 euros) con sus intereses, correspondientes a las cantidades pagadas por mi mandante como consecuencia de las liquidaciones practicadas así como las que en su caso se sigan devengando con posterioridad a la presentación de la demanda y que se fijarán en el momento de ejecución de la sentencia.

c) Se condene a la demandada a que reintegre a mi mandante las cantidades que se fijan en ejecución de sentencia, referentes a intereses por descubierto y comisiones que se devenguen por impagos de cuotas, en el caso que se diera su existencia.



d) Se condene a "Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona y Manresa" al pago de las costas judiciales».

2. La procuradora M.^a Angels Opisso i Julia, en representación de la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya Tarragona i Manresa, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestimando íntegramente la demanda con imposición de las costas a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Mataró dictó sentencia con fecha 28 de junio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimo íntegramente la demanda formulada por Catalanian in Time Europe SL contra Catalunya Banc SA, declaro la nulidad de pleno derecho del Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 10 de julio de 2007, sus Anexos I y II y del contrato de Confirmación de Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés de 13 de julio de 2007; condeno a la parte demandada al pago de la cantidad de veinte mil quinientos ochenta y tres euros con setenta y tres céntimos (20.583,73 euros), con sus intereses legales desde la interposición de la demanda (21-9-2011), más las cantidades que se hubiesen cargado a la parte actora desde la interposición de la demanda en concepto de liquidaciones practicadas por aplicación de los contratos cuya nulidad se acuerda, que se deberán fijar en el momento de ejecución de sentencia. Todo ello con condena a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Catalunya Banc SA.

2. La resolución de este recurso correspondió a sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia 11 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Mataró en los autos de Procedimiento Ordinario número 1228/2011, de fecha 28 de junio de 2012, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y en su lugar, desestimamos la demanda presentada por Catalanian Europe S.L. contra Catalunya Banc S.A., con imposición a la parte demandante de las costas de la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

Devuélvase a la parte apelante el depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Ana María Soles Suso, en nombre y representación de la entidad Catalanian in Time Europe SL, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 7 y 1258 del Código Civil .

2º) Infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y arts. 1 , 2 , 4 y 5 RD 629/1993 .

3º) Infracción de los arts. 1288 y 1289 del Código Civil .

4º) Infracción de los arts. 1265 , 1266 y 1300 del Código Civil .

5º) Infracción de los arts. 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación .

6º) Existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

2. Por diligencia de ordenación de 9 de abril de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Catalanian in Time Europe SL, representada por el procurador Santiago Tesorero Díaz; y como parte recurrida la entidad Catalunya Banc S.A., representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Catalanian in time Europe S.L. contra la sentencia dictada, el día 11 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 844/2012 , dimanante del juicio ordinario n.º 1228/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Mataró».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Catalunya Banc SA, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.



6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El día 10 de julio de 2007, la entidad Catalonian In Time Europe, S.L., representada por Celso, concertó con Caixa Catalunya (luego, Catalunya Banc) un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). El día 13 de julio de 2007, estas mismas partes suscribieron una permuta financiera (swap creciente con barrera), por un nominal de 341.800 euros, que debía desplegar sus efectos del 28 de septiembre de 2007 al 28 de septiembre de 2012.

La permuta financiera había sido ofrecida por la entidad financiera, como un medio de protección frente a la eventual subida de los tipos de interés y el efecto perjudicial para los contratos de financiación que el cliente tenía concertados a interés variable. El mismo día 13 de julio, la entidad remitió al correo electrónico de Celso cuatro propuestas de productos. No consta que hubiera habido una información previa y verbal, con antelación suficiente a la remisión de la orden de adquisición del producto.

2. Ante las liquidaciones negativas operadas tras la bajada drástica de los tipos de interés, Catalonian In Time Europe, S.L. presentó una demanda en la que pedía la nulidad del contrato marco y de la confirmación de la permuta financiera, por haber sido concertada con error vicio, consecuencia del defecto de información sobre el producto financiero. Insistió en que se le había ofrecido como un medio de evitar los riesgos de la subida de tipos de interés, sin que hubiera sido informado de la previsión de bajada de los tipos ni de los consiguientes riesgos.

La demanda también pedía la condena de Catalunya Banc, S.A. a la restitución de las prestaciones que la declaración de nulidad debía conllevar, y en concreto la devolución a la demandante de las liquidaciones negativas hasta entonces practicadas (20.583,73 euros), más sus intereses, así como las que en su caso se siguieran devengando con posterioridad a la presentación de la demanda y que se fijarían en el momento de ejecución de la sentencia. También solicitaba la condena de la demandada a reintegrar a la demandante las cantidades que esta última hubiera tenido que pagar de intereses en descubierto y de comisiones por impago de cuotas, que se liquidarían en ejecución de sentencia.

3. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Apreció que había habido error vicio en la contratación del swap y declaró la nulidad no solo de la permuta financiera, sino también del CMOF. El juzgado entendió que la entidad financiera debía haber informado no sólo de la eventualidad de que el contrato de swap pudiera dar lugar a liquidaciones positivas o negativas, según evolucionara el tipo de interés variable de referencia, sino que además debía haber informado de «la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial». También dejó constancia de que el contrato no contenía ningún escenario que mostrara cómo podían llegar a ser las liquidaciones en caso de subidas o bajadas del tipo de referencia. Aunque la sentencia califique la nulidad de absoluta, en realidad se refiere a la nulidad por error vicio.

Como consecuencia de la nulidad, la sentencia condena a la demandada al restituir la cantidad de 20.583,73 euros, con sus intereses legales desde la interposición de la demanda, más las cantidades que se hubieran cargado a la demandante desde la interposición de la demanda en concepto de liquidaciones practicadas por aplicación de los contratos cuya nulidad se acuerda, que se deberían fijar en el momento de ejecución de la sentencia.

4. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido dolo o error vicio en el consentimiento prestado para la contratación del swap.

La sentencia de apelación analiza la prueba practicada y concluye, primero, que no podía considerarse «probado que la entidad demandada tuviera, en la fecha de la contratación, a julio de 2007, información sobre la futura bajada de los tipos de interés y que de forma dolosa la ocultase a la demandante».

Y, más adelante, en relación con el error vicio razona:

«no podemos sostener que se ofreció al apoderado de la demandante una información sesgada e incompleta por no informar sobre qué pasaba si los tipos de interés bajaban, o sobre la posibilidad de que los tipos de interés bajasen, pues esta posibilidad está contemplada en el contrato.



»Por todo lo expuesto, no podemos aceptar que el cliente padeció un error invencible y excusable que afectara a su voluntad libremente expresada.

»En todo caso, de haber existido error en el consentimiento contractual, no podría considerarse que tal error revistiera las condiciones de excusabilidad necesarias para invalidar el contrato».

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en seis motivos.

Como advierte la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, los cuatro primeros motivos plantean la misma cuestión, del alcance de los deberes de información y la repercusión que su incumplimiento tiene en relación con el error vicio. Por esta razón, serán analizados conjuntamente.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. For *mulación de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto*. El motivo primero denuncia la infracción de los arts. 7 y 1258 del Código Civil, en relación con la información precontractual.

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 79 LMV y de los arts. 1, 2, 4 y 5 del RD 629/1993, y que su incorrecta aplicación ha llevado como consecuencia la incorrecta aplicación de los arts. 1265, 1266 y 1300 del Código Civil, sobre la valoración del error en el consentimiento y su excusabilidad.

El motivo tercero denuncia la infracción de los arts. 1288 y 1289 del Código civil, en relación con la interpretación de las cláusulas de los contratos y la excusabilidad del error en el consentimiento.

Y el motivo cuarto denuncia la infracción de los arts. 1265, 1266 y 1300 del Código Civil, en relación con la normativa de la Ley del Mercado de Valores sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros complejos.

Procede estimar estos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del recurso*. La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a un contrato de permuta financiera de tipos de interés concertado el 13 de julio de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 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].

3. En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, la entidad financiera demandada (Caixa Catalunya) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Catalonian In Time Europe, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia, a pesar de que no declara probado que hubiera habido una información precontractual suficiente sobre las características del producto y sus concretos riesgos, entiende que la remisión el mismo día de la firma del contrato de cuatro ofertas y la información contenida en el contrato era suficiente para conocer las características del producto y, sobre todo, cómo operaba. También argumenta que la entidad financiera no tenía por qué informar sobre la evolución en el futuro de los tipos de interés, pues excedía a su conocimiento.



Frente a esta apreciación de la Audiencia, conviene recordar que, como hemos declarado en otras ocasiones, estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, y en el presente lo era, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero ; y 489/2015, de 15 de septiembre). Además, no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino también de los concretos riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, como la habida a partir del 2009, de lo que no queda constancia que fuera informado el cliente.

4. La existencia de los reseñados especiales deberes de información y su incumplimiento tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como la permuta financiera de tipos de interés contratada por la recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional 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 inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que 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.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , se aprecia el error en quienes contrataron por las sociedades recurrentes, en cuanto que no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera. Y lo que ha quedado acreditado en la instancia, que se envió por e-mail una oferta con cuatro posibilidades y la información contenida en el propio contrato, resulta insuficiente.

6. Es jurisprudencia constante de esta sala 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 inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por



sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación del swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

No varía nada la conclusión anterior el hecho de que la Audiencia califique a la persona que contrató el swap en representación de la demandante, como director financiero o responsable de la contabilidad de la empresa, pues por las escasas dimensiones de la empresa esa condición no permite concluir que tuviera una experiencia y conocimiento del producto que excluyera la apreciación del error.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

7. La estimación del recurso de casación provoca que casemos la sentencia de apelación, cuya parte dispositiva dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por Catalunya Banc, S.A. y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).

2. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Catalunya Banc, S.A., imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 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 Catalanian In Time Europe, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 11 de febrero de 2014 (rollo núm. 844/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Mataró de 28 de junio de 2012 (juicio ordinario 1228/2011), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. Y 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.