



Roj: **STS 2361/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2361**

Id Cendoj: **28079110012017100361**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **770/2015**

Nº de Resolución: **379/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 14 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 2121/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Romeo , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Carlos Blanco Sánchez de Cueto; siendo parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.º- La procuradora doña Reyes Martínez Rodríguez, en nombre y representación de don Romeo , interpuso demanda de juicio ordinario sobre acción de nulidad contractual por error y vicio en el consentimiento, contra Banco Popular Español, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Declarar nulo y sin efecto alguno el contrato el contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") Bonificado n.º NUM000 suscrito con vicio del consentimiento por mi mandante el de 22 de julio de 2008, con la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

»- Subsidiariamente se proceda a su resolución contractual.

»- Declarada la nulidad o subsidiariamente la resolución, se proceda en consecuencia a restituir los cargos efectuados como consecuencia de las liquidaciones practicadas hasta la fecha, así como las que se practiquen con posterioridad a la presentación de esta demanda

»- Se proceda al abono de los intereses sobre las cantidades solicitadas, desde su cargo hasta la completa ejecución de la Sentencia que se dicte.- Se impongan expresamente las costas a la parte demandada causadas en este procedimiento»

2.º- El procurador don Mauricio Gordillo Alcalá, en nombre y representación de la mercantil Banco Popular Español, S.A., 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 desestime íntegramente dicha demanda con imposición al demandante de las costas procesales causadas».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 17 de octubre, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:



«que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por don Romeo contra Banco Popular Español S.A., absolviendo al demandado de las pretensiones contenidas en la misma, todo ello con expresa imposición al demandante de las costas procesales causadas».

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Romeo . La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Reyes Martínez Rodríguez en nombre y representación del demandante don Romeo , contra la sentencia dictada el día 17 de octubre de 2013 por la Ilma sra. magistradas del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario n.º 2121/12, de los que dimanen estas actuaciones, debemos confirmar y confirmamos citada resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada».

**CUARTO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Romeo , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Errónea interpretación y consecuente inaplicación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ( artículo 79 bis 6 y 7 ), artículos 64 , 72 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero de 2008 , así como de los artículos 1261 , 126.5 y 1266 del Código Civil . La resolución del recurso presenta interés casacional. Se interesa se fije la Jurisprudencia del **Tribunal Supremo** , entre otras, la contenida en la Sentencia de fecha 20 de enero de 2014, Sala (Pleno) . Segundo.- La resolución del recurso presenta interés casacional. La Sentencia resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. A mayor abundamiento, existe Jurisprudencia contradictoria en las Secciones (Quinta, Sexta y Octava) de la propia Audiencia Provincial de Sevilla.

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

**SEXTO.**- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Popular 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 31 de mayo de 2017, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- En la demanda origen del presente recurso se ejercita acción de nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito el 22 de julio de 2008 por don Romeo con BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., así como la restitución recíproca de las prestaciones, fundada esencialmente en la existencia de un vicio grave en el consentimiento por error y dolo ya que el actor lo prestó de forma errónea y bajo engaño, habiendo incumplido el Banco los deberes de transparencia, información y evaluación del demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Argumenta lo siguiente: a) don Romeo , empresario conocido del sector hostelero, tiene la condición de cliente minorista y como tal merece una especial atención por parte del legislador, b) no es aplicable la normativa MIFID, «dado que no nos encontramos ante un producto financiero o especulativo ni tampoco de inversión», aunque necesite asesoramiento personalizado impuesta por la normativa propia de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios 1/2007, y c) don Romeo fue informado verbalmente sobre el producto; se le explicó la forma de cancelación anticipada y se le ofreció información precisa, clara y suficiente.

Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia provincial. Argumenta lo siguiente:

1. «el actor realizó un contrato de permuta financiera de tipos de interés que tenía su razón de ser en la existencia de un préstamo hipotecario concertado inmediatamente antes, y que iba a devengar un tipo de interés variable referenciado al Euribor, con el objetivo de buscar una protección frente a las fluctuaciones de los tipos de interés. En la condición particular del contrato de permuta financiera se informaba al cliente con total claridad y de forma especialmente destacada de los riesgos de la operación que suscribía, exponiendo textualmente: " Información al cliente sobre la negociación de derivados. Se informa al Cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del cliente al dorso de este documento como confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de operaciones swap bonificado objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en que conforme a la evolución que experimente el tipo de interés variable durante la vigencia de la operación,



el CLIENTE puede tener que pagar una cantidad correspondiente a la liquidación al Tipo Fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación del tipo de Interés Variable sobre el importe nominal. Asimismo en los supuestos de cancelación anticipada, el CLIENTE pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera" ».

2. «a la vista del tenor de la condición particular del contrato que avisaba de los riesgos de la operación, que estimamos resulta clara e inteligible para cualquier persona de mediana formación, hemos de concluir que el actor quedó informado del riesgo que conllevaba la operación, es decir, que si el Tipo Fijo era superior al Tipo de Interés Variable, tendría que pagar al Banco».

3.«el demandante recibió antes de contratar información verbal suficiente y adecuada a sus conocimientos y características personales, y concertó el contrato con plena consciencia y comprensión de lo que firmaba. El demandante es un inversor inmobiliario (tiene propiedades en las provincias de Huelva, Badajoz y Sevilla, según acredita la prueba documental acompañada con la contestación, folios 258 y siguientes), es un empresario conocido del sector hostelero, propietario de dos hoteles en Sevilla»

**SEGUNDO.-** Se formulan dos motivos si bien el segundo se limita a destacar la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias provinciales sobre la cuestión litigiosa. En el primero, que es el que se va a analizar, se denuncia la infracción del artículo 79.6 de la Ley de Mercado de Valores , artículos 64 , 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 , así como los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil . Cuestiona el recurrente que la sentencia no sujeta este producto a la Directiva MIFID, hay falta de información sobre los riesgos del mismo y ausencia de realización de los tes de idoneidad o conveniencia en orden a la adecuación del producto a las necesidades del cliente.

Se estima.

Los razonamientos de la sentencia de apelación no son conformes con la validez de este tipo de contratos expresados en la sentencia de 20 de enero de 2014 . No es conforme cuando indica que el contrato informaba perfectamente de los riesgos del contrato, que el producto pretendía estabilizar los costes financieros del contrato y que por esta razón no se trata de un instrumento financiero sujeto a las obligaciones derivadas de la Directiva MIFID; razonamientos que se extienden a la condición del cliente como empresario dedicado al sector inmobiliario de lo que presume que tendría conocimientos suficientes en la materia y que podía haber pedido asesoramiento.

1.- 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 ).

2.- 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 expresados en la normativa citada en el motivo.

3.- Por ello, la entidad financiera demandada estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, sin que sea posible presumir que tenía este conocimientos por su experiencia en el tráfico mercantil y de la contratación con entidades de crédito derivada de ser un inversor inmobiliario y un empresario conocido del sector hostelero, propietario de dos hoteles en Sevilla

4.- La condición particular tercera, a la que la sentencia recurrida otorga especial importancia a efectos de cumplimentación de la información sobre los riesgos del producto, dice:

«**Información al cliente sobre la negociación con derivados** . Se informa al cliente de que la contratación de derivados conlleva una serie de riesgos de tipo financiero inherentes a la misma, sirviendo la firma del cliente al dorso de este documento como confirmación de que comprende los riesgos existentes y acepta que los mismos le son de aplicación conforme con la práctica habitual de los mercados financieros. En el caso de operaciones swap bonificado objeto del presente contrato, se especifica que el riesgo consiste en



que conforme a la evolución que experimente el tipo de interés variable durante la vigencia de la operación, el CLIENTE puede tener que pagar una cantidad correspondiente a la liquidación al tipo fijo superior a la que le corresponda cobrar por la liquidación del tipo de Interés Variable sobre el importe nominal. Asimismo, en los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera».

Sobre una cláusula semejante, la sentencia 163/2017, de 8 de marzo , dice lo siguiente:

« Si contrastamos dicha información con los estándares que hemos expresado, resulta claro que los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el nivel de información exigible. En la condición transcrita no se advierte propiamente de las consecuencias de una bajada abrupta y sostenida en el tiempo de los tipos de interés ni, sobre todo, de las posibles consecuencias negativas para el cliente derivadas del coste por cancelación anticipada».

5.- Este incumplimiento del deber de información sobre el riesgo económico del producto, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 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.

6.- 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 el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular contra la sentencia de primera instancia, que se deja sin efecto.

**TERCERO.-** 1.- La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, conforme previene el art. 398.2 LEC y, como quiera que la estimación del recurso de apelación conlleva la estimación de la demanda, deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC .

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

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 don Romeo contra la sentencia de 15 de enero de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el recurso de apelación núm. 1140/12. **2.º-** Casar la expresada sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por don Romeo contra la sentencia núm. 247/2013, de 17 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Sevilla , en el juicio ordinario núm. 2121//2012. **3.º-** Estimar la demanda formulada por Don Romeo , contra Banco Popular y declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés bonificado nº 0075-00327-264-0000011 celebrado entre las partes el día 22 de julio de 2008, con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde la fecha de su cargo. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación. **5.º-** Condenar a Banco Popular al pago de las costas de la primera instancia. **6.º-** Ordenar la devolución de los depósitos prestados para los recursos de apelación y casación. 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.