



Roj: **STS 2729/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2729**

Id Cendoj: **28079110012017100409**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **166/2015**

Nº de Resolución: **428/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2155/2014,**  
**STS 2729/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 929/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zaragoza; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Bermejo y Roque Sociedad Civil, representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Silvia Vázquez Senín; siendo parte recurrida Banco Cooperativo Español S.A. y Nueva Caja Rural de Aragón S. Coop. de Crédito, representadas por la procuradora de los Tribunales doña Blanca Rueda Quintero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1-** La representación procesal de Bermejo y Roque S.C., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Cooperativo Español S.A. y Nueva Caja Rural de Aragón S. Coop. (Bantierra) (antes Caja Rural de Aragón y Cajalón) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«PRIMERO.- Declare la nulidad e ineficacia del contrato de "Confirmación de Operación de Equity Swap" de fecha 28 de julio de 2008, así como del documento de comercialización titulado "Euribor Plan Prever" de fecha 24 de julio de 2008 suscritos ambos con el Banco Cooperativo Español a través de la comercialización llevada a cabo por Caja Rural de Aragón, así como, por ende, el Contrato Marco de Operaciones Financieras, por carecer el firmante de los mismos, Sr. Bruno , de autorización ni representación legal para otorgarlos en nombre de la sociedad civil actora, BERDEJO y ROQUE, S.C.

SEGUNDO.- Subsidiario de la petición anterior, declare la nulidad e ineficacia del contrato de "Confirmación de Operación de Equity Swap" de fecha 28 de julio de 2008, así como del documento de comercialización titulado "Euribor Plan Prever" de fecha 24 de julio de 2008 suscritos ambos con el Banco Cooperativo Español a través de la comercialización llevada a cabo por caja Rural de Aragón, así como, por ende, el Contrato Marco de Operaciones Financieras, por error en el consentimiento fundado en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente, y de proporcionarle adecuada y suficiente información.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad de los contratos, se declare la obligación de las partes a restituir las mutuas contraprestaciones, mediante liquidación, estableciendo el saldo final a favor de la actora, y condenando en consecuencia a las entidades BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL, S.A., y NUEVA CAJA

RURAL DE ARAGÓN S. Coop (BANTIERRA), (antes Caja Rural de Aragón y Cajalón) solidariamente, a restituir a la actora el importe resultante a su favor

de DIECISIETE MIL NOVENTA Y DOS EUROS CON CINCO CÉNTIMOS (17.092,05 euros), resultante de compensar lo abonado a la entidad crediticia (17.294,82 euros), y lo recibido en la única liquidación positiva (202,77 euros.), así como se condene al pago de los intereses de dicha cantidad.

CUARTO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad de los contratos, declare que la actora queda liberada del pago de las liquidaciones que se devenguen con posterioridad a la última abonada, (correspondiente a 31 de julio de 2012), así como Condene a las entidades BANCO COOPERATIVO ESPAÑOL, S.A., y NUEVA CAJA RURAL DE ARAGÓN S. Coop (BANTIERRA), (antes Caja Rural de Aragón y Cajalón), solidariamente, a pasar por dicha declaración y a restituir a la actora las cantidades que, tras la interposición de la presente demanda, se sigan cargando como consecuencia de los contratos suscritos hasta la ejecución de la sentencia más los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

QUINTO.- Se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de ..... demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando

«... Dicte en su día sentencia que desestime íntegramente la demanda y, en consecuencia, absuelva a mis representadas de las pretensiones ejercitadas por los actores condenando a éstos al pago de las costas.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 23 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«QUE DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por el Procurador Sr. Pradilla Carreras, en representación de la sociedad civil "Berdejo y Roque S.C.", así como de sus socios D. Bruno y D<sup>a</sup> Maribel , contra la mercantil banco Cooperativo Español S.A. y la mercantil Nueva Caja Rural de Aragón Sociedad Cooperativa, Bantierra, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de las pretensiones contra ellas ejercitadas, con imposición de las costas causadas en este procedimiento a la parte demandante.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

«QUE, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Padilla Carreras, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veintitrés de mayo de dos mil catorce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número UNO de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a la recurrente las costas de esta alzada.»

**TERCERO.-** El procurador don Emilio Pradilla Carreras, en nombre y representación de Berdejo y Roque S.C. interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado en tres motivos, todos ellos por infracción de los artículos 1265 y 1266 CC , en relación con los artículos 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008 , alegando oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de varias sentencias de esta sala en referencia al error en el consentimiento, su carácter excusable y los efectos de la falta de información.

**CUARTO.-** Por esta sala se dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación, Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A., representados por la procuradora doña Blanca Rueda Quintero.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 14 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La entidad Berdejo y Roque S.C., junto con sus socios, don Bruno y doña Maribel , formuló demanda contra Banco Cooperativo Español S.A. y Nueva Caja Rural de Aragón, solicitando que se dictara sentencia por la cual: a) Se declare la nulidad del contrato de «Confirmación de Operación de Equity Swap» de fecha 28 de julio de 2008 , así como del documento de comercialización titulado «Euribor Plan Prever» de fecha



24 de julio de 2008, suscritos ambos con el Banco Cooperativo Español a través de la comercialización llevada a cabo por Caja Rural de Aragón, así como del Contrato Marco de Operaciones Financieras suscrito, por carecer el firmante de los mismos, Sr. Bruno , de autorización o representación legal para otorgarlos en nombre de la sociedad civil actora, Berdejo y Roque S.C.; b) Subsidiariamente, se declare la nulidad de los referidos negocios jurídicos por error en el consentimiento fundado en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente, así como de proporcionarle adecuada y suficiente información; c) Como consecuencia de lo anterior, se declare la obligación de las partes a la restitución de las mutuas prestaciones, mediante liquidación, estableciendo el saldo final a favor de la actora, y condenando en consecuencia a las entidades demandadas solidariamente a devolver a la demandante el importe que resulta a su favor de diecisiete mil noventa y dos euros con cinco céntimos (17.092,05 euros), tras compensar lo abonado a la entidad crediticia (17.294,82 euros) y lo recibido en la única liquidación positiva (202,77 euros), así como al pago de los intereses de dicha cantidad; d) Igualmente, como consecuencia de la declaración de nulidad de los contratos, declare que la actora queda liberada del pago de las liquidaciones que se devenguen con posterioridad a la última abonada (correspondiente a 31 de julio de 2012) y condene a las entidades demandadas solidariamente a pasar por dicha declaración y a restituir a la actora las cantidades que, tras la interposición de la presente demanda, se sigan cargando como consecuencia de los contratos suscritos hasta la ejecución de la sentencia, más los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta; y e) Que se condene a las demandadas al pago de las costas.

Dichas demandadas se opusieron y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2014 , por la que desestimó la demanda con imposición de costas a la entidad demandante, la que recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5.ª) dictó sentencia de fecha 20 de noviembre de 2014 , por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia, con imposición de costas de la alzada a la parte recurrente.

Contra dicha sentencia se ha formulado recurso de casación por la parte demandante.

**SEGUNDO.**- La Audiencia Provincial apoya su solución desestimatoria de la demanda -confirmando lo resuelto en primera instancia- en el hecho de que la información suministrada a la parte demandante por la entidad bancaria fue suficiente, se practicó el test de conveniencia, el contrato no es de difícil comprensión si se lee y examina con un mínimo detenimiento, bastando tal lectura para comprender y sopesar los riesgos que lleva consigo, no es posible que la demandante creyera estar firmando un contrato de seguro frente a la subida de los tipos de interés, la parte actora pudo conocer el importe de los gastos de cancelación anticipada, bien preguntando en el banco, bien atendiendo a las fórmulas que se consignan en el propio contrato. Por lo que respecta a la nulidad con base en que los contratos fueron firmados por uno de los socios extralimitándose en la representación conferida, no procede al existir una ratificación tácita de los referidos contratos por el socio no firmante.

Frente a la desestimación de la demanda, basada en dichos argumentos, los tres motivos que integran el recurso de casación, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1265 y 1266 CC , en relación con los artículos 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008 , alegan la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo con cita de varias sentencias de esta sala referidas al error en el consentimiento, su excusabilidad y los efectos de la falta de una adecuada información por parte de las entidades bancarias a los clientes minoristas con carácter previo a la contratación de este tipo de productos. Como fundamento del interés casacional se citan las sentencias de esta sala de 18 de abril de 2013 , 20 de enero de 2014 , 17 de febrero de 2014 y 7 de julio de 2014 , todas ellas relativas a la exigencia de información y las consecuencias de su falta en los productos financieros complejos como es el swap. Igualmente cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 18 de febrero de 1994 y 4 de enero de 1982 , relativas al cumplimiento del deber de informar por parte de la entidad bancaria para considerar la esencialidad y excusabilidad del error.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia impugnada infringe la jurisprudencia de esta sala en tanto que considera suficiente la información proporcionada por parte de la entidad financiera pese a no existir información previa a la firma, no haberse realizado test de idoneidad siendo preceptivo, no hacerse mención en el contrato de swap a la posibilidad y efectos de cancelación anticipada, y limitarse la explicación a que lo que se firmaba era un "producto que protegía contra la subida de intereses", creando así en el cliente una representación mental del contrato equivocada.

Añade que la sentencia que se recurre vulnera claramente la legislación y la jurisprudencia que ha interpretado los productos bancarios complejos como el que nos ocupa, y en concreto las obligaciones de información al cliente minorista y las consecuencias que su incumplimiento ha de tener sobre la existencia de error excusable y esencial en el cliente.



**TERCERO.-** Como reitera la sentencia de esta sala n.º 235/2016, de 8 abril , recogiendo la doctrina sentada por las ya citadas en el recurso y otras posteriores,

«partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro. A esta finalidad responde el conjunto de normas contenido en la Ley del Mercado de Valores, por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive o Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros), y que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para lo que será presupuesto necesario recabar información sobre el propio cliente. La legislación del Mercado de Valores, partiendo del objetivo fundamental de fomentar la transparencia y la información en beneficio de los inversores (o más ampliamente, de los clientes del mercado financiero), distingue entre los clientes minoristas y los clientes profesionales. Conforme al artículo 78 bis 2 de la Ley del Mercado de Valores , clientes profesionales son "aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos"; estableciéndose a continuación una serie de presunciones legales de profesionalidad (entidades financieras y empresarios con elevado volumen de negocio), mientras que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales (art. 78 bis 4). Es más, el cliente minorista no puede libremente renunciar a su clasificación, sino que dispone a estos efectos el art. 79 bis-3 e) LMV que la renuncia queda en todo caso condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos, e incluso deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los requisitos previstos en la norma y que quieren reservar el cambio de calificación del cliente a supuestos de gran capacidad financiera o de acreditada experiencia en este sector. Siendo evidente que el cliente minorista es el que ha de recibir el mayor grado de protección, porque cuenta con menor experiencia y conocimientos del mercado financiero, que le impiden comprender la naturaleza y los riesgos de los mercados, productos y servicios de inversión. En suma, la normativa contenida en la LMV pretende mejorar la protección del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de sus clientes; proporcionarles información imparcial, clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas».

Es la propia sentencia hoy recurrida la que atribuye a la demandante la calificación de «minorista» a efectos de inversiones como la representada por los negocios jurídicos celebrados, cuya declaración de nulidad se pretende.

Como esta sala ha reiterado, precisamente la prohibición legal de que en tal caso se dé validez a la renuncia a la información por parte del cliente tiende a proteger a este último frente a los posibles errores en que pueda incurrir a la hora de contratar, por lo que parece contradictorio considerar cliente «minorista» a quien demanda y luego razonar en el sentido de que -pese a que no se le dio información incumpliendo una obligación legalmente impuesta- tenía conocimiento suficiente de los riesgos de la operación, lo que exige una concreta prueba sobre ello por parte de la entidad bancaria. Es el propio contrato el que refleja el incumplimiento por la dicha entidad de sus obligaciones cuando, como refleja la sentencia impugnada, dice que «cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre las ventajas o conveniencias de realizar cualquiera de las operaciones, realizándose las mismas sobre la base de las estimaciones y cálculos de riesgo que las propias partes efectúen».

Procede por ello la estimación del recurso, casando la sentencia recurrida y, como consecuencia de lo ya razonado, estimar la demanda.

**CUARTO.-** Por aplicación del principio del vencimiento objetivo, la entidad demandada ha de ser condenada al pago de las costas causadas en primera instancia. No procede hacer especial declaración sobre costas causadas por la apelación y por el presente recurso ( artículos 394 y 398 LEC ), procediendo la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para su interposición ( Disposición adicional 15.ª, apartado 8 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 formulado por Berdejo y Roque, Sociedad Civil, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5.ª), con fecha 20 de noviembre de 2014, en el Rollo de Apelación núm. 264/14 . 2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. 3.º- Estimar la demanda interpuesta por la entidad recurrente contra Banco Cooperativo Español S.A. y Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad, con declaración de nulidad del contrato de «Confirmación de Operación de Equity Swap» de fecha 28 de julio de 2008, así como del documento de comercialización titulado «Euribor Plan Prever» de fecha 24 de julio de 2008, suscritos ambos con el Banco Cooperativo Español a través de la comercialización llevada a cabo por Caja Rural de Aragón, así como del Contrato Marco de Operaciones Financieras igualmente suscrito. 4.º- Condenar a las entidades demandadas solidariamente a devolver a la demandante el importe que resulta a su favor de diecisiete mil noventa y dos euros con cinco céntimos (17.092,05 euros), así como al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, quedando liberada la demandante de las obligaciones que pudieran surgir de las liquidaciones que se produzcan con posterioridad a la última abonada (correspondiente a 31 de julio de 2012), con restitución de las cantidades que por ello hubieran sido percibidas más sus intereses en la forma establecida. 5.º- Condenar a las entidades demandadas solidariamente al pago de las costas correspondientes a la primera instancia. 6.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por la apelación ni por el presente recurso, con devolución del depósito constituido para su interposición. 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.