



Roj: **STS 2687/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2687**

Id Cendoj: **28079110012018100435**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **3613/2015**

Nº de Resolución: **446/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 794/2015,**  
**STS 2687/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 446/2018**

Fecha de sentencia: 12/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3613/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3613/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 446/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2015, dictada en recurso de apelación 375/2014, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, dimanante de autos de juicio ordinario 525/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Sebastián, representado en las instancias por el procurador D. Alberto Miramón Gómara, bajo la dirección letrada de D. Matías Miguel Laurenz, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y no constando personada parte alguna en calidad de recurrido.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Sebastián, representado por el procurador D. Alberto Miramón Gómara y bajo la dirección del letrado D. Matías Miguel Laurenz, interpuso demanda de juicio ordinario, en reclamación de cantidad, contra la entidad bancaria Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Bankia) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que:

»a) Se declare la nulidad del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados y del contrato maxiprotección a medida n.º NUM000, todo ello con la recíproca restitución de las aportaciones a que hubiesen dado lugar los mismos y de aquellas a que puedan dar lugar en el futuro, con los intereses legales correspondientes desde la recepción de las mismas hasta su devolución.

»b) Subsidiariamente para el caso de no acogerse esta pretensión:

»Se declare el derecho de mi representado a cancelar anticipadamente el contrato maxiprotección a medida n.º NUM000 con fecha 15 de marzo de 2013 sin coste alguno para mis representados decretándose.

»1) La no incorporación al contrato suscrito entre las partes de la cláusula cuarta del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados relativa a la cancelación anticipada en cuanto señala:

»"en cuyo caso la cantidad a pagar por la caja o por el cliente como consecuencia de la cancelación anticipada del mismo será la que determine la caja de forma objetiva de acuerdo y en iguales términos que lo establecido más adelante en la estipulación sexta para los efectos de la resolución anticipada del contrato".

»Y la no incorporación al contrato de la cláusula sexta del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados en lo relativo al coste de la cancelación anticipada.

»2) Subsidiariamente se declare la nulidad de dichas cláusulas en los términos solicitados en el apartado anterior.

»c) En todo caso se condene a la demandada a devolver a mi representado la cantidad de 1.467,35.-? abonada durante el primer año dada la falta de causa al no haber riesgo alguno que cubrir.

»d) Se condene a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

»e) Al pago de las costas procesales».

**2.-** La entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid), hoy Bankia S.A., representada por el procurador D. Carlos Hermida Santos y bajo la dirección letrada de Dña. Laura César Clavijo, contestó a la demanda oponiéndose a la misma con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de D. Sebastián frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid -hoy Bankia-, 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 número 5 de Pamplona se dictó sentencia, con fecha 17 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda deducida por el Procurador Sr. Miramón en nombre de D. Sebastián frente a Bankia:

»1.- Declaro el derecho del actor a cancelar el contrato de swap núm. NUM000 , con efectos a fecha 15-03-13, abonando a la demandada la suma de 15.051,72 euros. En tal caso la demandada deberá a su vez reintegrar al actor la suma de 9.727,69 euros, más todas las cantidades que pudieran haberse cargado después del 22-01-14 en concepto de liquidaciones (negativas). El importe final a abonar por los actores a la demandada se determinará compensando unas cantidades con otras.

»La parte actora deberá manifestar que opta por la cancelación en los términos de este primer punto del fallo dentro de los 10 días hábiles siguientes a la firmeza de la sentencia, transcurrido el cual sin hacer dicha manifestación se entenderá que no opta por la cancelación.

»2.- Para el caso en que el actor no quiera cancelar el swap abonando dicho coste, condeno a la demandada a abonarle las siguientes cantidades:

»A) la suma de 2.913,92 euros con más intereses al tipo legal del dinero + dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago;

»B) las cantidades cobradas de más por Bankia después del 22-01-14, que se determinarán en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: 1) se sumarán todas las liquidaciones negativas cargadas después del 22-01-14; 2) se multiplicará el resultado de esa suma por 4,25 y se dividirá entre 4,00; 3) del resultado de la operación se restará la suma de las liquidaciones negativas cargadas posteriores a 22-01-14 (el importe del punto 1); 4) la cifra que resulte se multiplicará por 365 y se dividirá por 360; 5) el resultado será importe que el Banco deberá devolver al cliente según este apartado B).

»C) En cuanto a las liquidaciones futuras (no vencidas y/o no satisfechas por el cliente) el Banco continuará liquidando el swap como hasta la fecha aunque con arreglo a la base Act/365, pero liquidará las cuotas del préstamo con arreglo al tipo de interés variable que resulte aplicable, eliminando el diferencial del 0'25%.

»3.- Si el actor opta por no cancelar, pero efectúa pagos anticipados a cuenta -o en pago- del préstamo, Bankia deberá acomodar en las liquidaciones sucesivas el nacional del swap al capital pendiente de pago del préstamo vinculado, calculando el importe de las liquidaciones posteriores con arreglo a los nuevos nocionales resultantes de dichas amortizaciones.

»Sin costas».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnada la sentencia por la demandada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia, con fecha 1 de octubre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Miramón Gómara en nombre y representación de D. Sebastián , contra la sentencia de fecha 17 de febrero de 2014, dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona en el juicio ordinario 525/13, en consecuencia, se revoca en el único sentido de declarar el derecho del apelante a cancelar sin coste alguno el contrato de swap concertado con la entidad demandada Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Cajamadrid) en fecha 22/12/06, con efectos a fecha 15/3/13, confirmando los demás pronunciamiento de la sentencia.

»Se desestima la impugnación formulada por la entidad demandada.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales del recurso de la demandante y se imponen a la demandada las costas procesales de su recurso».

**TERCERO.-** 1.- Por D. Sebastián se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que el contrato de permuta financiera se le ofreció al demandante, recurrente, como un seguro «para cubrirse del riesgo del tipo de interés, protegiéndose de una variación en el índice de referencia de sus financiaciones», tal y como se demuestra con la prueba obrante en autos.

Motivo segundo.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que se alegó en el escrito de demanda que la nulidad del coste de cancelación afecta a un elemento esencial del contrato.



Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 316 , 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio al contradecir las valoraciones del tribunal de apelación frontalmente lo manifestado en el acto de juicio y sobre todo la documental obrante en autos.

Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio, al no considerar que la carga de la prueba sobre la información que se debe suministrar recae sobre la parte demandada y no tenerlo en consideración en su sentencia de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5, así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio. La sala no ha valorado correctamente la preparación académica y profesional de mi representado como para haber detectado el error al que se le estaba induciendo por parte de la entidad financiera con la información verbal y los documentos que le fueron facilitados.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 217.7 por cuanto entendemos que la sentencia recurrida vulnera el principio de distribución de la carga de la prueba teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad de las mismas.

El recurso de casación se basa en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante, recurrente, para la suscripción del contrato de permuta financiera fundamentalmente para la inexistente, defectuosa y tergiversada información suministrada por la entidad financiera y entender que con la mera información suministrada en el contrato marco y la confirmación se cumplimenta dicho deber.

Motivo segundo.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante, recurrente, para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante, recurrente, para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de abril de 2018 , se acordó admitir los recursos interpuestos y, no constando parte recurrida personada, quedaron los autos pendiente de señalamiento para su deliberación y fallo.

2.- No habiéndose solicitado por la parte personada la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de julio de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes* .

1. La demanda se interpone por un particular contra el banco.

Se solicitó:

- Como acción principal, la nulidad de un contrato marco y de la confirmación de permuta financiera (swap).
- Con carácter subsidiario se solicitó la declaración del derecho del demandante a la cancelación anticipada del contrato sin coste alguno declarándose la no incorporación al contrato de las cláusulas cuarta y sexta sobre cancelación anticipada y coste de la misma, y subsidiariamente, se solicitó la nulidad de dichas cláusulas.



- Y, subsidiariamente la devolución de las cantidades satisfechas durante el primer año de vigencia por falta de causa.

**2.** La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda: estimó la acción subsidiaria de cancelación anticipada con un coste inferior al que era reclamado por el banco.

Lo que se hace en esta sentencia es explicar la razón por la que no es admisible que el demandante confundiera el contrato con un seguro:

- El cliente ha declarado que quiso contratar un producto que le protegiera frente a las subidas de interés, pero sin perder los beneficios de las bajadas, pero no es aceptable que lo confundiera con un seguro.

- Actuaba como un empresario para evitar el pago de IVA, estaba obligado a leer la póliza y contratos vinculados, en ellos no está la palabra seguro y sí el término derivado.

- Consta una cláusula en el contrato sobre posibles pérdidas.

- El representante legal es un empresario diligente que cuando fue informado de las condiciones del préstamo acudió a la entidad bancaria con la que habitualmente trabajaba para comprobar si las condiciones eran más o menos favorables, y esa diligencia descarta que pudiera sufrir un error sobre haber firmado un seguro y que si lo sufrió no sería excusable.

**3.** En la sentencia de segunda instancia se estimó en parte el recurso de apelación del demandante y acordó la cancelación sin coste.

En esta sentencia:

No se examina el alcance de la información que debía dar el banco.

Se confirma el criterio de la sentencia de primera instancia porque:

i) el apelante tiene capacidad con la información que se le suministró para entender el funcionamiento básico del producto.

ii) actuó como empresario con la confianza del director de otra entidad bancaria que le asesoró sobre el préstamo.

iii) Es gerente de varias empresas que ha contratado con anterioridad productos de renta variable.

iv) La forma de anunciarse el producto en la página web no puede tenerse en cuenta porque corresponde al año 2011 y no al momento en que se efectuó la contratación.

v) En la documentación contractual no hay nada que pudiera llevar al cliente a pensar que contrató un seguro.

vi) De existir déficit de información, sería inexcusable pues podría haberlo superado y de hecho consultó sobre las condiciones del préstamo en otra entidad.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **SEGUNDO** .- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que el contrato de permuta financiera se le ofreció al demandante, recurrente, como un seguro «para cubrirse del riesgo del tipo de interés, protegiéndose de una variación en el índice de referencia de sus financiaciones», tal y como se demuestra con la prueba obrante en autos.

Se desestima el motivo pues el análisis de si estamos ante un seguro o un contrato marco de operaciones financieras es una cuestión jurídica, que ha tenido respuesta en la sentencia, si bien no del agrado del recurrente ( art. 218.1 LEC ), por lo que no concurre incongruencia.

##### **TERCERO** .- *Motivo segundo.*

Motivo segundo.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que se alegó en el escrito de demanda que la nulidad del coste de cancelación afecta a un elemento esencial del contrato.

Se desestima el motivo.

Debe desestimarse el motivo, dado que la Audiencia Provincial da relevancia al coste de la cancelación anticipada, hasta el punto de que acuerda la cancelación sin coste para el demandante, si bien no le da trascendencia anulatoria del resto del contrato ( art. 218.1 y 2 LEC ).

**CUARTO** .- *Motivo tercero.*

Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 316 , 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio al contradecir las valoraciones del tribunal de apelación frontalmente lo manifestado en el acto de juicio y sobre todo la documental obrante en autos.

Se desestima el motivo.

No concurre error notorio en la valoración de la prueba, sino discordancia en las consecuencias jurídicas de los hechos declarados probados ( arts. 217 y 218 de la LEC y art. 24 de la Constitución ).

**QUINTO** .- *Motivos cuarto y sexto.*

1.- Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio, al no considerar que la carga de la prueba sobre la información que se debe suministrar recae sobre la parte demandada y no tenerlo en consideración en su sentencia de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5, así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

2.- Motivo sexto.- Al amparo del art. 217.7 por cuanto entendemos que la sentencia recurrida vulnera el principio de distribución de la carga de la prueba teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad de las mismas.

Se desestiman los dos motivos.

No se viola la carga de la prueba en la sentencia recurrida, dado que se declara que se facilitó al demandante información suficiente, pero otra cuestión es si la información ofrecida se ajusta a lo normativamente establecido, lo que tendrá respuesta en sede de casación ( arts. 217 , 218.2 , 326 y 376 LEC ).

**SEXTO** .- *Motivo quinto.*

Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio. La sala no ha valorado correctamente la preparación académica y profesional de mi representado como para haber detectado el error al que se le estaba induciendo por parte de la entidad financiera con la información verbal y los documentos que le fueron facilitados.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que se analicen en este motivo cuestiones propias del error en el consentimiento, tal y como la condición de inversor profesional, nivel de la información y naturaleza del contrato, lo que solo puede tener una respuesta adecuada al resolver el recurso de casación, al tratarse de cuestiones de trascendencia normativa de carácter sustantivo y no de mero valor probatorio ( art. 217.7 LEC ).

**SÉPTIMO** .- *Hechos no controvertidos.*

En la sentencia del Juzgado, asumida por la Audiencia Provincial, consta lo siguiente:

«Primero.- (a) Hechos (y su prueba) y (b) pretensiones de las partes.

»(a) 1.- El 22.12.06, con la finalidad de financiar la compra de una instalación fotovoltaica o de aprovechamiento de energía solar (con una capacidad de generación de 100 KW) en Viana, y con la intervención del Notario de Pamplona Rafael Unceta Morales, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (hoy Bankia) de una parte y Don Sebastián de la otra, suscribieron póliza de préstamo (nº NUM001 ), bajo las siguientes condiciones:

»\*importe: 491.250 euros.

»\*tipo de interés: primer semestre 3'85% anual; resto semestres, variable: euribor a 3 meses + 0'25 puntos porcentuales.

»\*revisión tipo de interés variable: semestral.

»\*duración: 120 meses a partir de la fecha de! contrato.

»\*amortizaciones: mensuales, siendo los 12 primeros meses de carencia y las 108 cuotas mensuales restantes comprensivas de capital e intereses, con vencimientos sucesivos y periódicos a partir de la fecha del préstamo.

»El contrato de préstamo es el doc. 1 de la demanda.



»2.- El mismo día 22.12.06 (el contrato marco lleva fecha 21.12.06, aunque en la referencia que a él hace la "confirmación" se indica que su fecha es también 22.12.06), referenciados a dicho préstamo, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Bankia) y Don Sebastián suscribieron los siguientes documentos:

»\*contrato marco de compensación contractual.

»\*confirmación operación interest rate, swap (contrato NUM000 ) del que interesan las siguientes condiciones

»\*fecha operación: 22.12.06

»\*fecha inicio 22.12.06

»\*fecha vencimiento: 22.12.16 (10 años)

»\*importe nominal (nacional): 491.250 euros, con amortizaciones mensuales.

»\*períodos de cálculo: mensuales, excepto el primer período que será roto largo, desde el 22.12.06 hasta el 22.12.07.

»\*tipo variable: Euribor 3 meses, fijado trimestralmente dos días hábiles antes del inicio de cada tres períodos de cálculo, a partir del período que comienza el 22.12.07. Para el primer período roto largo será el fijado el 20.12.06 (3`707%) euribor 3 meses significa el tipo EUR-EURIBOR-Telorate con un vencimiento de tres meses que aparezca en la página Reuters ERUIBOR01 a las 11:00 horas (hora CET) en la fecha de fijación.

»\*base de liquidación: ACT/360.

»\*(BANKIA) PAGA: Tipo variable, a devengar en base ACT/360.

»\*(CLIENTE) PAGA: 4%, a devengar en base ACT/360-

»El contrato marco es el doc. 2 de la demanda y 11 de la contestación, y el swap el doc. 3 de la demanda y 12 de la contestación.

»3.- Desde su inicio y hasta la última fecha de que se tiene constancia (22.01.14 fecha de la última liquidación conocida a fecha de juicio) el swap ha dado lugar a las siguientes liquidaciones (doc 9 de la demanda -DETALLE MOVIMIENTOS FIXING- más los aportados en la audiencia previa y al comienzo de la vista: se expresan en negativo las liquidaciones en contra del cliente o canos).

*Fecha liquidación* *Importe liquidación (é)*

24.12.07

22.01.08

22.02.08

25.03.08

22.04.08

22,05,08

23.06.08

22.07.08

22.08.08

22.09.08

22.10.08

22,11.08

22.12,08

22.01.09

2102.09

23.03.09

22.04.09

22.05.09

22.06.09



22.07.09  
24.08.09  
22.09.09  
22.10.09  
23,11,09  
22.12.09  
22.01.10  
22.02.10  
22.03.10  
22.04.10  
22.05.10  
22.06.10  
22.07.10  
22.08.10  
22.09.10  
22.10.10  
22.11,10  
22.12.10  
24.01.11  
22.02.11  
(-) 1.467'35  
312'62  
331'64  
339'64  
247'79  
263'36  
278'60  
362'42  
384?21  
380'92  
376'93  
411'07  
345?73  
(-) 335'08  
(-) 342?72  
(-) 297?21  
(-) 871?27  
(-) 862'99  
(-) 883'35  
(-) 969'31  
(-) 1.055?72





(-) 918'67  
(-) 1.102'23  
(-) 1.163'79  
(-) 1.043'95  
(-) 1.122'40  
(-) 1.110'56  
(-) 992'87  
(-) 1.109'35  
(-) 1.132'43  
(-) 1.015'03  
(-) 1.010'96  
(-) 1,065'98  
(-) 987'84  
(-) 933'45  
(-) 953'11  
(-) 911'24  
(-) 943'92  
(-) 819'20  
22.03.11(-)781'20  
26.04.11  
23.05.11  
22,06.11  
22.07.11  
22.08.11  
22..09.11  
24.10.11  
22.11.11  
22.12.11  
23.01.12  
22.02.12  
22.03.12  
23.04.12  
22.05.12  
22.06.12  
23.07,12  
22.08.12  
24.09.12  
22.10.12  
22.11.12  
24.12.12  
22.01.13



22.02.13

22.03.13

22.04.13

22,0513

22.06.13

22.07.13

22.08.13

23,09.13

22.10.13

22.11.13

22,12.13

22.01.14

TOTAL LIQUIDACIONES A 22.01.14

(-) 915'33

(-) 696'76

(-) 764'00

(-) 663'70

(-) 676'44

(-) 667'01

(-) 671'50

(-) 599'83

(-) 611'55

(-) 673'55

(-) 621'85

(-) 591'94

(-) 788'77

(-) 703'26

(-) 739'58

(-) 767'32

(-) 729'98

(-) 789'08

(-) 741'04

(-) 805'81

(-) 816'21

(-) 735'39

(-) 771'05

(-) 771'05

(-) 682'64

(-) 696'59

(-) 750'04

(-) 621'87



(-) 673'33

(-) 678'98

(-) 599'79

(-) 625'79

(-) 610'18

(-) 564'50

(-) 45.983'96

»4- El 15.03.13 (en realidad el envío se produjo el día 14.03.13) el Sr. Sebastián remitió burofax a Caja Madrid manifestando su desacuerdo con el producto y comunicando que al amparo de la cláusula cuarta del contrato marco de compensación procedía "a cancelar el seguro contratado con fecha de efectos el 15.03.13". El burofax fue entregado en destino el mismo día 14.03.13 (doc. 4).

»Bankia contestó el 04.04.13 adjuntó el importe de las liquidaciones (futuras) de dicho contrato con los cálculos efectuados (desde febrero de 2013 a noviembre de 2016: resultaba de ellas un coste de cancelación de 16.835'40.-?) ofreciendo la posibilidad, caso de no estar de acuerdo, de solicitar una liquidación alternativa a las entidades indicadas en el contrato, mostrando su disposición a cancelar anticipadamente la cobertura siempre que se asumiera por escrito su liquidación y se realizara la correspondiente provisión de fondos en la cuenta. Señaló por último que la cobertura se formalizó única y exclusivamente para estabilizar el coste financiero, eliminando el riesgo de tipo de interés del préstamo concedido para financiar la compra de placas fotovoltaicas del parque construido en Viana, y que en ningún caso dicho contrato, que establece un coste financiero fijo durante toda la vida del préstamo, se vendió como un seguro (doc. 5).

»El Sr. Sebastián respondió por medio de burofax el 08.04.13, mostrando su sorpresa con el coste de cancelación notificado y reiterando su voluntad de proceder a la cancelación del "seguro", solicitando a Bankia que se abstuviera de realizar cargo alguno en lo sucesivo (doc. 6).

#### **Recurso de casación.**

**OCTAVO** .- *Motivos primero, segundo y tercero.*

1.- Motivo primero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante, recurrente, para la suscripción del contrato de permuta financiera fundamentalmente para la inexistente, defectuosa y tergiversada información suministrada por la entidad financiera y entender que con la mera información suministrada en el contrato marco y la confirmación se cumplimenta dicho deber.

2.- Motivo segundo.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante, recurrente, para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

3.- Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante, recurrente, para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

**NOVENO** .- *Decisión de la sala.*

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

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.



Examinados los contratos 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 al empresario pues la disyuntiva no es **consumidor** o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

**DÉCIMO** .- *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 el recurso, 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».

**UNDÉCIMO** .- *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 385/2014, 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.

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, 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, ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil ).

**DUODÉCIMO** .- En la sentencia recurrida se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada dado que:

- 1.- No constan las comprobaciones sobre la conveniencia o idoneidad del producto, aunque no fuesen necesarios test.
2. - Su experiencia no pasaba de depósitos y fondos de inversión. Es gerente y propietario de un mesón.
- 3.- La profesión de los demandantes no permite garantizar el conocimiento sobre operaciones financieras complejas.



4.- Que el préstamo fuese destinado a una instalación fotovoltaica, con venta de la energía producida, no supone la gestión de un proyecto cuya envergadura permita suponer que estamos ante un gestor que conoce los productos financieros complejos ( Sentencia 362/2017, de 8 de junio ).

**DECIMOTERCERO** .- En base a lo declarado procede estimar el recurso de casación, anular parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de estimar íntegramente la demanda.

**DECIMOCUARTO** .- *Costas.*

No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC ).

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se imponen a la demandada de las costas de la primera instancia, y con expreso pronunciamiento en las de impugnación a la apelación al Banco.

No se efectúa expresa imposición en la costas del recurso de apelación interpuesto por el demandante.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Sebastián contra sentencia de 1 de octubre de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 375/2014, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra y desestimar el extraordinario por infracción procesal.

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, y, asumiendo la instancia, estimamos íntegramente la petición principal de la demanda, que figura así:

«Se declare la nulidad del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados y del contrato maxiprotección a medida n.º NUM000 , todo ello con la reciproca restitución de las aportaciones a que hubiesen dado lugar los mismos y de aquellas a que puedan dar lugar en el futuro, con los intereses legales correspondientes desde la recepción de las mismas hasta su devolución».

3.º- No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir.

4.º- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

5.º- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia y con expreso pronunciamiento en las de impugnación a la apelación al Banco.

6.º- No se efectúa expresa imposición en la costas del recurso de apelación interpuesto por el demandante.

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.