



Roj: **STS 3425/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3425**

Id Cendoj: **28079110012018100543**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **797/2016**

Nº de Resolución: **550/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 858/2015,**
STS 3425/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 550/2018

Fecha de sentencia: 05/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 797/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/10/2018

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.: 797/2016

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. 550/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

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 5 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 278/2015, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 198/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Ignacio, representado en las instancias por el procurador D. Alberto Miramón Gomara, 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 en calidad de recurrido se persona la entidad Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, bajo la dirección letrada de D. Ignacio López Arbide.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Ignacio y Dña. Verónica, representados por el procurador D. Alberto Miramón Gomara y dirigidos por el letrado D. Matías Miguel Laurenz, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Cajamadrid) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron 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 núm. 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 percepción de las mismas hasta su devolución.

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

»Se declare el derecho de mis representados a cancelar anticipadamente el contrato maxiprotección a medida núm. NUM000 con fecha 3 de enero de 2014 sin coste alguno para mis representados, todo ello con la recíproca restitución de las prestaciones a que hubiesen dado lugar los mismos desde dicha fecha con sus respectivos intereses 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 1.134,45.-? abonada durante el primer año dada la falta de causa al no proteger el préstamo suscrito de ningún riesgo.

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

»Al pago de las costas procesales».

2.- Las entidades bancarias demandadas Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Bankia S.A., representadas por el procurador D. Carlos Hermida Santos y bajo la dirección letrada de D. Ignacio del Barrio Hernández, contestaron a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación terminaron suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de D. Ignacio y Dña. Verónica 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 9 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda deducida por el Procurador Sr. Miramón en nombre de D. Ignacio y Dña. Verónica frente a Bankia.

»1.- Declaro el derecho de los actores a cancelar el contrato de swap núm. NUM000 , con efectos a fecha 03-01-14, abonando a la demandada la suma de 4.907,20 euros. En tal caso la demandada deberá a su vez reintegrar al actor la suma de 4.704,86 euros, más todas las cantidades que pudieran haberse cargado después del 07-01-15 en concepto de liquidaciones (negativas). El importe final a abonar por los actores a la demandada (o viceversa) 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 los actores no quieran cancelar el swap abonando dicho coste, condeno a la demandada a abonarles las siguientes cantidades:

»A) La suma de 1.704,25 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 07-01-15, que se determinarán en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases: »1) se sumarán todas las liquidaciones negativas cargadas después del 07-01-15; 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 07-01-15 (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 nocional 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, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia, con fecha 29 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: La sala acuerda estimar en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona en el juicio ordinario 198/2014, en el único sentido de declarar el derecho de los actores a cancelar sin coste alguno el swap con efectos a fecha 2 de enero de 2014, confirmando los demás pronunciamientos de la sentencia.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales del recurso».

TERCERO.- 1.- Por D. Ignacio y Dña. Verónica se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, basados en los motivos que a continuación se exponen.

Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal:

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 les ofreció a los demandantes 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 mayo 1993, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el artículo 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 julio 1988 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 los demandantes 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.

Motivos del recurso de casación:

Motivo primero.- Por infracción de los arts. 1.265 y 1.266 del CC, en relación con el Real Decreto 629/1993 de 3 mayo 1993, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el artículo 5 así como en los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 julio, del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante para la suscripción del contrato de permuta financiera fundamentalmente por 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. 1.265 y 1.266 del CC, en relación con el Real Decreto 629/1993 de 3 mayo 1993, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el artículo 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 julio, del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por el demandante 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. 1.265 y 1.266 del CC, en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 mayo, en el que se establecía el Código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el artículo 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 julio, del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por los demandantes 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 8 de mayo de 2018, se declaró desierto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por Dña. Verónica , por no comparecer ante este tribunal, y por auto, de fecha 30 de mayo de 2018, se acordó admitir el recurso por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Ignacio y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos de D. Ignacio y evacuado el traslado conferido el procurador D. Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de la mercantil Bankia S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- La demanda.

Se interpone por dos particulares 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 (contemplando la posibilidad de que los demandantes optaran o no por cancelar anticipadamente).

En lo que interesa para la acción de nulidad por error vicio, lo que se hace en esta sentencia es explicar la razón por la que no es admisible que los demandantes confundieran el contrato con un seguro.

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:

1. No se examina el alcance de la información que debía dar el banco.
2. Se confirma el criterio de la sentencia de primera instancia porque analiza las razones por las que no se podía confundir el producto con un seguro.
3. Se hace recaer toda la responsabilidad del error (que tampoco lo declara) en el cliente.

En lo más esencial, se declara que:

- i) el apelante reconoció haber leído el contrato y tiene capacidad para entender el funcionamiento básico del producto.
- ii) la forma de anunciarse el producto en la página web no puede tenerse en cuenta porque no consta que se consultara antes de la contratación.
- iii) de la documentación contractual deriva la posibilidad de liquidaciones negativas, aunque solo se le hubiera informado de lo que le podría beneficiar.

4.- Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (también se alega existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales), sobre el alcance del deber de información y su incidencia en la existencia de error e incide en que el desconocimiento del coste de cancelación determina la existencia de un error esencial.

Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC en relación con el Decreto 629/1993 y con los arts. 78 y 79 LMV

Plantea:

- Insuficiencia de la documentación contractual.
- Según exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hubo una representación equivocada por la falta de información y por lo tergiversado de la información.
- Se argumenta sobre el alcance del deber de informar.
- Sobre el perfil del cliente (que sea empresario no implica que conociera el producto).
- La falta de información sobre la cancelación anticipada implica error esencial y excusable, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que se transcribe.

En materia de infracción procesal se alegó:

- Arts. 218 LEC. Incongruencia, defectos de motivación, sobre diversos aspectos alegados en el proceso (ofrecimiento como un seguro); nulidad del contrato derivada del carácter esencial del error sobre el coste de cancelación.
- Arts. 217 y 218 LEC. Error en la valoración de la prueba documental (publicidad del producto en la página web del banco).
- Art. 217 y 218 LEC. Carga de la prueba de la información corresponde al banco.
- Arts. 217 y 218 LEC. Error en la valoración de la prueba sobre el conocimiento del riesgo e información suministrada.



- Art. 217.7 LEC. Principio de facilidad probatoria sobre la información suministrada.

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 les ofreció a los demandantes 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 los demandantes 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.*

No se plantea controversia alguna entre las partes, en relación a que los actores, suscribieron el 7 de noviembre de 2006, con Caja Madrid sendas operaciones de crédito para la adquisición del mismo año de una instalación fotovoltaica o de aprovechamiento de energía solar.

Precisamente para protegerse de las fluctuaciones del tipo de interés aplicable a este préstamo, las partes hoy litigantes, suscribieron el mismo día 7 de noviembre de 2006, los contratos marco de compensación contractual para operaciones de derivados, con sus respectivas confirmaciones. Dichos contratos también se denominan contratos de maxiprotección a medida. La parte demandada expone que los demandantes contrataron ese producto con la finalidad de estabilizar sus costes financieros eliminando el riesgo de tipos de interés, pues dichos contratos de permuta financiera tienen como finalidad proteger al cliente ante los cambios de los tipos de interés, evitar incertidumbres y realizar una gestión eficiente de los riesgos financieros.

El nocional del swap coincide con el capital objeto de préstamo.

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 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 los demandantes 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. 1.265 y 1.266 del CC, en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 mayo, en el que se establecía el Código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el artículo 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 julio, del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por mis representados 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).

6.- Sobre supuestos similares se ha pronunciado esta sala en sentencia 446/2018, de 12 de julio, y en sentencia 444/2018, de 12 de julio.

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 se valora adecuadamente el nivel de información ofrecida al cliente.

2.- Su experiencia no alcanzaba a productos financieros complejos.

3.- La profesión del demandante es asesor fiscal, y es administrador de una sociedad limitada.

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).

5.- No se ofreció a los demandantes información objetiva suficiente.

DECIMOTERCERO.- Procede casar la sentencia, estimando íntegramente la demanda interpuesta, en el sentido de que se declare la nulidad del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados y del contrato maxiprotección a medida núm. 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 percepción de las mismas hasta su devolución.

Esta declaración también es extensiva a lo petitionado por Dña. Verónica, responsable solidaria de los préstamos solicitados y del contrato marco de operaciones financieras (sentencias 214/2016, de 5 de abril, y 213/2007, de 28 de febrero).

DECIMOCUARTO.- Costas.



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

Se imponen al recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal.

No procede imposición en las costas de la apelación.

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

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 y desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por D. Ignacio contra sentencia de 29 de diciembre de 2015 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra (apelación 276/2015).

2.º- Casar la sentencia recurrida estimando íntegramente la demanda interpuesta, en el sentido de que se declare la nulidad del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados y del contrato maxiprotección a medida núm. 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 percepción de las mismas hasta su devolución.

3.º- Esta declaración también es extensiva a lo petitionado por Dña. Verónica , responsable solidaria de los préstamos solicitados y del contrato marco de operaciones financieras (sentencias 214/2016 de 5 de abril y 213/2007 de 28 de febrero).

4.º- No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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

6.º- No procede imposición en las costas de la apelación.

7.º- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

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.