



Roj: **STS 4303/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4303**

Id Cendoj: **28079110012016100584**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **726/2013**

Nº de Resolución: **577/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1341/2013,**
STS 4303/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 63/2013 de 5 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1704/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona, sobre nulidad contractual. El recurso fue interpuesto por A3 Inmuebles, S.L., representada por el procurador D. Francisco de Sales José Abajo Abril y asistida por el letrado D. Guillermo de Jorge Claver. Es parte recurrida Catalunya Banc, S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el letrado D. Ignasi Fernández de Senespleda.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- A3 Inmuebles, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] que estimando la demanda acuerde:

» i.- Declarar nulo el contrato marco de operaciones financieras y la orden en firme de contratación de SWAP creciente con barrera con número de referencia 7287 de fecha 24 de julio de 2007 suscritos entre las partes, sin coste alguno, debiendo restituirse recíprocamente las liquidaciones practicadas.

» ii.- Condenar a Caixa Catalunya a pagar las costas del juicio».

2.- La demanda fue presentada el 2 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona y fue registrada con el núm. 1704/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, contestó a la demanda y solicitó su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona, dictó sentencia núm. 189/2011 de fecha 18 de julio, en la que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por A3 Inmuebles S.L. Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, se opuso al recurso.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1003/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 63/2013 en fecha 5 de febrero de 2013, que desestimó el recurso.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- A3 Inmuebles, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Por infracción, en concepto de aplicación indebida, de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil que regulan el error como vicio invalidante del consentimiento contractual, dentro de los requisitos que deben concurrir para la formación del contrato y la consiguiente causa de nulidad contractual, por entender la Sala sentenciadora, equivocadamente a juicio de esta parte, que la falta de información previa no puede considerarse causante de error contractual en tanto que no reviste las condiciones de excusabilidad necesarias para invalidar el contrato de swap, afirmando en tal sentido que el incumplimiento de normas administrativas imperativas que configuran requisitos formales relacionados con la información no equivale a error contractual de la voluntad negocial, ya que bastaría con alegar alguna infracción de esos requisitos formales para conseguir la ineficacia del contrato a conveniencia de una de las partes al convertir el indicio de la falta de información previa en un requisito contractual formal ineludible, que por lo general se alega después de años de cumplimiento y tras constatar la repercusión que sobre un contrato aleatorio tiene la evolución de los acontecimientos financieros, considerando que los propios documentos informan del producto y sus riesgos».

«Segundo.- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara que no cabe acudir a la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios en los supuestos en que tales actos están viciados por error en el consentimiento.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de abril de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, actualmente Catalunya Banc, S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso.

1.- A3 Inmuebles, S.L. (en lo sucesivo, A3 Inmuebles) es una sociedad patrimonial de carácter familiar, cuyos activos son una nave industrial y una vivienda, que tiene arrendados.

Con motivo de la suscripción y novación de varios préstamos hipotecarios, Caixa Catalunya le ofreció la suscripción de un contrato marco de operaciones financieras (en lo sucesivo, cmof) y de un primer swap de tipos de interés, con un nominal de 250.000 euros, en diciembre de 2005, y posteriormente, cuando concertó dos nuevos préstamos, canceló el anterior swap y concertó otro el 25 de julio de 2007, con un tipo de interés fijo más alto y que se incrementaría progresivamente, y con un nominal de 600.000 euros.

Tras recibir algunas liquidaciones positivas de escasa cuantía, en el año 2007 ya se originó una liquidación negativa para A3 Inmuebles de 477,75 euros, en 2007, de 2.451,42 euros, en 2008, de 6.015,92 euros, en 2009 y en 2010, de 18.591,15 euros. La cancelación del swap en febrero de 2010 suponía un coste de 82.700 euros.

2.- A3 Inmuebles presentó demanda en la que, entre otros extremos que ahora no son relevantes, solicitó la nulidad del cmof y de la orden de contratación de swap creciente con barrera suscritos el 15 de diciembre de 2005 y el 25 de julio de 2007 con Caixa Catalunya, con restitución recíproca de las liquidaciones practicadas.

Esta pretensión se fundaba en que Caixa Catalunya no informó al cliente de forma clara y precisa de la naturaleza y los riesgos de la operación, en la que se contrataba un producto de alto riesgo, e incumplió las obligaciones establecidas en la normativa sectorial específica (Directiva MiFID, Ley del Mercado de Valores y reglamentos de desarrollo). Caixa Catalunya ofreció a A3 Inmuebles, que tenía el perfil de cliente minorista, un producto complejo y de alto riesgo, pero no le informó sobre el perjuicio real en caso de bajada de tipos de interés ni del coste de la cancelación anticipada, ni de que el swap podía suponer la satisfacción de unos



gastos financieros superiores a los que se hubieran generado en caso de bajada de los tipos de interés del préstamo hipotecario.

3.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apeló la demandante, han desestimado sus pretensiones.

Las razones por las que el Juzgado desestimó la demanda pueden resumirse en que no era trascendente la falta de información sobre el perjuicio real para el cliente en caso de bajada de los tipos de interés, pues lo que había motivado a A3 Inmuebles a contratarlo era buscar una cobertura frente a las subidas de los tipos de interés, no frente a las bajadas, acontecimiento excepcional e imprevisible; que era obligación de la administradora de A3 Inmuebles analizar los riesgos, que está justificada la no incorporación al contrato del coste de la cancelación del swap; que el producto es de riesgo pero no de difícil entendimiento.

La Audiencia Provincial asumió estas razones, y añadió otras. Afirmó que el hecho de que la demandante no ignorara la aleatoriedad del contrato pero sí que la evolución de las cosas pudiera llevar a una situación tan aguda, podía entenderse como una decisión económica equivocada pero no constituía un error que viciara la voluntad contractual; que los días transcurridos entre la orden de contratación del swap y su confirmación hacían que no debiera haber existido inconveniente en enterarse del contenido del contrato de manera que, de haber existido error en el consentimiento contractual, no sería excusable; que no procedía hacer equivalente el concepto de error contractual con el incumplimiento de requisitos formales relacionados con la información; que en los propios contratos el cliente reconoce haber sido informado del producto y conocer sus riesgos; que el contrato de swap no presenta dificultad de comprensión; que las novedades introducidas por la normativa MiFID no pueden fundamentar la declaración de nulidad del contrato; y que la entrega previa de una oferta vinculante es preceptiva para la contratación de los préstamos hipotecarios, pero no de los swaps.

4.- A3 Inmuebles, disconforme con esta sentencia, la ha recurrido en casación. El recurso tiene dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso.*

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Por infracción, en concepto de aplicación indebida, de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil que regulan el error como vicio invalidante del consentimiento contractual, dentro de los requisitos que deben concurrir para la formación del contrato y la consiguiente causa de nulidad contractual, por entender la Sala sentenciadora, equivocadamente a juicio de esta parte, que la falta de información previa no puede considerarse causante de error contractual en tanto que no reviste las condiciones de excusabilidad necesarias para invalidar el contrato de swap, afirmando en tal sentido que el incumplimiento de normas administrativas imperativas que configuran requisitos formales relacionados con la información no equivale a error contractual de la voluntad negocial, ya que bastaría con alegar alguna infracción de esos requisitos formales para conseguir la ineficacia del contrato a conveniencia de una de las partes al convertir el indicio de la falta de información previa en un requisito contractual formal ineludible, que por lo general se alega después de años de cumplimiento y tras constatar la repercusión que sobre un contrato aleatorio tiene la evolución de los acontecimientos financieros, considerando que los propios documentos informan del producto y sus riesgos».

2.- En este motivo, la recurrente combate la tesis, sostenida en la sentencia recurrida y también por otras Audiencias, de que la falta de información no es causante por sí misma de error en sentido material. Considera, como han declarado otras Audiencias, que al estimar incumplidos por la entidad financiera sus deberes de información correcta, completa, previa y comprensible a prestar a su cliente y no haber proporcionado la información adecuada sobre el contrato que se suscribía, no puede considerarse que el cliente fuera consciente de lo que contrataba. Dicho déficit de información causa un error excusable sobre elementos sustanciales del contrato, lo que determina su nulidad por error en el consentimiento, pues los documentos no expresan de forma clara y fácilmente comprensible las condiciones esenciales y los efectos ordinarios que para cada contratante derivan del contrato ni las condiciones a las que se sujetaba la cancelación anticipada. La redacción de los contratos era farragosa, con múltiples alusiones a términos financieros específicos y a fórmulas y tablas cuyas consecuencias económicas no son deducibles de su simple lectura.

La entidad bancaria estaba obligada a facilitar información conforme a la normativa aplicable y el perfil del cliente no profesional en el ámbito de los instrumentos financieros complejos. Las empresas de inversión tienen un deber de diligencia especial que les obliga a asegurarse de que sus clientes disponen de la información necesaria, asegurándose de que prestan su consentimiento con pleno conocimiento en lo que respecta al contenido obligatorio del swap, su funcionamiento, el componente de aleatoriedad y, sobre todo, las consecuencias que tendría un descenso de los tipos de interés. La entidad bancaria debe extremar su diligencia en el cumplimiento de su obligación de evaluar la conveniencia del producto para el cliente, y la



complejidad de su clausulado precisa de una explicación en términos comprensibles y prácticos para un cliente no profesional, siendo necesaria una adecuada y completa información precontractual.

TERCERO.- *Decisión de la sala. El error vicio en la contratación de productos financieros complejos. Los deberes de información de la entidad bancaria y su incidencia en el error vicio.*

1.- Esta sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, 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, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo, 331/2016, de 19 de mayo, 496, de 15 de julio, y 509/2016, de 20 de julio, entre otras muchas.

2.- La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a tales clientes (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Por tal razón, la afirmación que se hace en la instancia en el sentido de que cuando se suscribió el contrato de swap entre las partes no se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MiFID puede justificar que no se apliquen los requisitos formales introducidos por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, o que no se utilicen las categorías legales establecidas en la misma, pero no puede servir para excusar a la entidad bancaria de cumplir un alto estándar de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información frente a sus clientes, tanto para recabar información sobre el perfil y necesidades de dicho cliente como para transmitir a este la información suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrece, especialmente cuando se trata de un cliente no experto en productos financieros complejos.

3.- La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los arts. 10 a 12 de la Directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes». Estas obligaciones de las empresas de inversión son reforzadas y formalizadas por la posterior Directiva MiFID.

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«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».

4.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características del producto financiero complejo que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

5.- Pues bien, la Audiencia Provincial, tanto en los argumentos que expone en su sentencia como cuando asume los expuestos por el Juzgado de Primera Instancia, no aplica el elevado nivel de exigencia en cuanto a la información a facilitar por la entidad bancaria a su cliente que resulta de tales normas.

Hemos declarado con reiteración que el contrato de swap es un contrato complejo y de riesgo, difícil de entender para quien no sea un contratante experto en este tipo de productos financieros. El contenido del contrato suscrito por las partes no cumple los estándares exigentes de la normativa reguladora del mercado de valores.

Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, 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, interpretadas conforme a la letra y la finalidad de las Directivas mencionadas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Caixa Catalunya 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 costes de la cancelación anticipada, con ilustración sobre los



diversos escenarios posibles, y en concreto, con el consistente en una bajada drástica del tipo de interés de referencia, que podía provocar abultadas liquidaciones negativas para el cliente.

El argumento de que tal información no era relevante, porque lo que impulsó a A3 Inmuebles a contratar fue protegerse frente a las subidas de los tipos de interés, no es correcto. Al contrario, pone de manifiesto la gravedad de no haber sido informada de los graves riesgos que corría si los tipos de interés bajaban drásticamente.

6.- El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil cuya administradora era asesorada en estos temas por un Ingeniero Técnico de Telecomunicaciones no supone necesariamente el carácter experto del cliente puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, menos aún la de un experto en telecomunicaciones, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 331/2016, de 19 de mayo , y 496/2016, de 15 de julio , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencias 676/2015, de 30 de noviembre , 331/2016, de 19 de mayo , y 496/2016, de 15 de julio).

7.- En el presente caso, Caixa Catalunya no informó al cliente de que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, o la entidad a la que este sirve de intermediario, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Caixa Catalunya tampoco informó al cliente sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho en sentencias anteriores, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

Asimismo, debe informar sobre el alcance posible del coste de cancelación anticipada del contrato, mostrando diversos escenarios posibles, para que el cliente pueda conocer el alcance real del pago que puede verse obligado a realizar si, ante las perspectivas negativas del producto o por cualquier otra razón, desea cancelar anticipadamente el contrato.

8.- Tampoco es correcta la trascendencia que la sentencia de la Audiencia Provincial otorga a la existencia de menciones predisuestas en el contrato conforme a las cuales el cliente declaraba haber sido informado del producto y conocer sus riesgos. Ya hemos declarado en numerosas sentencias la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap.



9.- Asimismo, aunque la oferta vinculante, como tal, solo sea exigible en la contratación de hipotecas, la normativa sectorial a la que hemos hecho referencia sí exige que el cliente reciba la información con suficiente antelación, lo que aquí tampoco ha sido cumplido.

10.- Todo lo cual lleva a la conclusión de que la ausencia de información clara, precisa y adecuada, suministrada con suficiente antelación, sobre la naturaleza y riesgos del producto complejo contratado y sobre el coste de cancelación anticipada, determinó en la demandante, entidad mercantil no dedicada a la contratación de este tipo de productos complejos y sin perfil de contratante experta en este ámbito, un error sustancial e inexcusable que vició su consentimiento. Por tal razón, el motivo debe estimarse, y con ello el recurso, sin necesidad de entrar a resolver el segundo de los motivos formulados, y la acción de nulidad del contrato por error vicio debe estimarse, declarando la nulidad del contrato, con las consecuencias restitutorias impuestas por el art. 1303 del Código Civil .

CUARTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las costas de este recurso. La revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación, que debe estimarse, y la estimación de la demanda que ello supone conlleva la condena a la demandada a las costas de la primera instancia. Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por A3 Inmuebles, S.L., contra la sentencia núm. 63/2013 de 5 de febrero, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 1003/2011 . 2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos estimar el recurso de apelación interpuesto por A3 Inmuebles, S.L. contra la sentencia 189/2011, de 18 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 1704/2010, que se revoca y deja sin efecto; y en su lugar, estimando la demanda inicial del procedimiento, formulada por A3 Inmuebles, S.L. contra Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, actualmente Catalunya Banc, S.A., declaramos la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 15 de diciembre de 2005 y de la orden en firme de contratación de SWAP creciente con barrera con número de referencia 7287 de 24 de julio de 2007 suscritos entre las partes y condenamos a Catalunya Banc, S.A. a restituir a A3 Inmuebles, S.L. las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas al cliente durante la vigencia del contrato, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas, con los intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de percepción. 3.º- No procede hacer imposición de costas del recurso de casación, ni del recurso de apelación. Condenamos a Catalunya Banc, S.A. al pago de las costas de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.