



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

AUTO

Autos: CASACIÓN

Fecha Auto: 21/09/2016

Recurso Num.:

Fallo/Acuerdo: INADMISIÓN

Ponente Excmo. Sr. D.: Fernando Pantaleón Prieto

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 16 DE BARCELONA

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Escrito por: CSM/MJ

SWAP. ANULACIÓN DEL CONTRATO POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO. Recurso de casación frente a sentencia dictada en un juicio ordinario de nulidad por error en el consentimiento de un contrato swap. Inadmisión del recurso de casación por carencia manifiesta de fundamento ya que la sentencia no se opone a la doctrina de esta Sala bastante numerosa en relación a la cuestión controvertida (SSTS de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, entre otras) (artículo 482.2.4º LEC) -motivo primero-. Incumplimiento de los requisitos legales por falta de respeto a la valoración probatoria (artículo 483.2.2º LEC).



Auto: CASACIÓN

Recurso Num.:

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Procurador: D. Argimiro Vázquez Guillén

D. Francisco Toll Musteros

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

A U T O

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Fernando Pantaleón Prieto

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil dieciséis..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Catalunya Banc, S.A. presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 14 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) en el rollo de apelación n.^º dimanante de los autos de juicio ordinario n.^º , del Juzgado de Primera Instancia n.^º 25 de Barcelona.



SEGUNDO.- Remitidos los autos por la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, se han personado el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., en calidad de parte recurrente, y el procurador D. Francisco Toll Musteros en nombre y representación de , en calidad de parte recurrida.

TERCERO.- Por providencia de fecha 13 de julio de 2016, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso de casación a las partes personadas.

CUARTO.- Evacuado el traslado, la representación procesal de la parte recurrida ha interesado la inadmisión del recurso. La parte recurrente se ha opuesto a las causas de inadmisión puestas de manifiesto.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Fernando Pantaleón Prieto**, a los solos efectos de este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 LEC, frente a una sentencia dictada en segunda instancia en un juicio ordinario en el que se ejercitó acción de nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y un contrato de permuta financiera de tipos de interés.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos. En el primero se denuncia la vulneración del artículo 1266 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, en orden al carácter sustancial del error y al presupuesto de la excusabilidad.

En el motivo segundo se denuncia la infracción del artículo 1311 CC, relativo a la confirmación tácita de los contratos por haber realizado pagos resultantes de las liquidaciones entre los años 2008 y 2011.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

TERCERO.- A la vista de su planteamiento, el recurso de casación, en su primer motivo, no puede admitirse por incurrir en la causa de carencia manifiesta de fundamento, ya que la sentencia no se opone a la doctrina de esta Sala bastante numerosa en relación a la cuestión controvertida -artículo 483.2.4º LEC-.

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. 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, y 742/2015, de 18 de diciembre, entre otras.

La norma reguladora de estos productos complejos recoge la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Esta jurisprudencia ha declarado que 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



reguladoras del mercado de valores, 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 Bankia 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.

Por otro lado, el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto, 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 sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Así 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 le 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» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

Además, el deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, para lo que bastaría su simple lectura. Esta Sala ha recordado en otras ocasiones que, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre). En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes.

Por último, en lo relativo a la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

En este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. 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 imparcialidad, 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 ya declararon las



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

sentencias de Pleno 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».

Como ya se declaró en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no 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 demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

En atención a la doctrina expuesta, que es jurisprudencia reiterada de la Sala, y de acuerdo a la base fáctica declarada probada en la sentencia, es claro que ésta no se opone a dicha doctrina. Y es que en esta resolución se declara probado que la entidad bancaria incumplió sus deberes legales de información en la medida en que el cliente no fue informado de las características del instrumento, especialmente del alto nivel de riesgo económico a él inherente y de las consecuencias derivadas de una eventual cancelación anticipada. Además, al cliente no se le realizó el test de conveniencia ni el de idoneidad de forma que no se analizó su perfil y



conocimientos acerca del producto y su idoneidad, en orden a sus objetivos de inversión.

Por lo que se refiere al segundo motivo, incurre en la causa de inadmisión por incumplimiento de los requisitos legales en cuanto a que se prescinde de la valoración probatoria de la sentencia, según la cual, ante la envergadura de las liquidaciones negativas recibidas, por parte de la Sra. Planelles se solicitó la cancelación anticipada del contrato que no llevó a efecto por el alto coste del desistimiento, de forma que en ningún caso consintió estas liquidaciones como forma de convalidación o ratificación del contrato.

Además, la sentencia tampoco se opone a la jurisprudencia de esta Sala en relación a la cuestión controvertida. En este aspecto esta doctrina ha rechazado que la circunstancia de recibir liquidaciones o la realización de contratos sucesivos suponga la confirmación tácita del negocio, o un acto propio vinculante (SSTS de 3 y 10 de diciembre de 2015, entre otras).

El planteamiento expuesto, impide tomar en consideración las alegaciones realizadas por la parte recurrente tras la resolución por la que se puso en conocimiento las causas de inadmisión, en la medida en que se oponen a lo aquí razonado.

CUARTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisible el recurso de casación, declarando firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, cuyo siguiente apartado, el 5, deja sentado que contra este Auto no cabe recurso alguno, con condena en costas a la parte recurrente.

QUINTO.- La inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:



1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 14 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) en el rollo de apelación n.º dimanante de los autos de juicio ordinario n.º , del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Barcelona.

2º) Declarar firme dicha Sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido

Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.