



CASACIÓN núm.: 3326/2014

Ponente: Excmo.

Letrado de la Administración de Justicia:

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil**

Sentencia núm. 335/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

En Madrid, a 25 de mayo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 723/2013 por la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 770/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador [redacted] en nombre y representación de las mercantiles [redacted]

[redacted] compareciendo en esta alzada en su nombre y representación dicho procurador en calidad de recurrente y la procuradora

en nombre y representación de Barclays Bank S.A.U ahora Caixabank S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador [redacted] en nombre y representación de las mercantiles [redacted]

[redacted], interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don [redacted] contra Barclays S.L., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.º Se declare la NULIDAD DE LOS "CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (IRS)" celebrados entre [redacted]

[redacted] y BARCLAYS por error en el consentimiento de la parte demandante.

»2º Se condene a la entidad financiera demandada al reintegro de las cantidades percibidas de la demandante que ascienden a la cantidad de QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (544.246,48 €), como consecuencia de la variación a la baja de los tipos de interés, con el interés legal correspondiente a cada una de las liquidaciones desde el momento en que fueron liquidadas.

»Y todo ello, con expresa condena en costas a la demandada, en quien concurren las condiciones necesarias para su imposición, aún en el caso de estimación parcial o allanamiento (art. 395 LEC), puesto que han actuado con evidente temeridad y mala fe negando, a pesar de los requerimientos, cualquier posibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes».

SEGUNDO.- La procuradora [redacted], en nombre y representación de Barclays Bank S.A., y asistido de la letrada [redacted]

[redacted] contestó a la demanda y oponiendo los hechos y

fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante».

TERCERO.- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimo la demanda interpuesta el procurador I
en representación de
...
... y
... contra
Barclays Bank, S. A., y le absuelvo de la pretensiones deducidas, imponiendo las costas a la parte actora».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales
... en nombre y representación de las
entidades I
...
... y
... contra la sentencia dictada en fecha 15 de
julio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia número 77 de los de Madrid en los autos de
juicio ordinario seguidos al número 770/2012 de los que el presente rollo dimana, debemos
confirmar y confirmamos la referida resolución, con imposición de las costas causadas en la
presente alzada a la parte apelante».

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de los demandantes con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción, por inaplicación, de la jurisprudencia interpretativa y aplicadora de las normas jurídicas. Segundo.- Infracción, por inaplicación, de la jurisprudencia interpretativa y aplicadora de las normas jurídicas. Tercero.- Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el requisito de excusabilidad del error en el consentimiento. Cuarto.- Infracción, por omisión, de la jurisprudencia del

Tribunal Supremo sobre la norma jurídica que regula la condición de cliente minorista de servicios bancarios y sus consecuencias. Quinto.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el error en el consentimiento. Sexto.- Infracción, por omisión, de la jurisprudencia ya existente sobre el contrato de permuta financiera (también llamado swap), dictada por el TS.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 20 de julio de 2016, se acordó la admisión del recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora , en nombre y representación de Caixabank S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de mayo del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- Las actoras suscribieron el 27 de febrero de 2008 un préstamo para financiar el 80% de una instalación fotovoltaica, que les concedió la demandada bajo tres condiciones: (i) el préstamo financiaría el 80% de las instalaciones al tipo de interés del Euríbor a 3 meses más el 1,00%, (ii) se exigía pignorar a cada una de las mercantiles la facturación proveniente de la energía fotovoltaica a favor de la entidad, por lo que Endesa tendría que ingresar las cantidades facturadas en las cuentas que las sociedades tenían en Barclays, (iii) se firmaría una operación financiera que consistía en asegurar el interés que iban a pagar para que no subiese del 5%.

actuó con poder de representación en nombre de las actoras en la gestión de la operación financiera.

La autorizó telefónicamente y días más tarde fueron firmados los contratos de swap por los administradores de las sociedades.

En los contratos figura: importe nominal 620.000 euros; fecha de la operación 28 de febrero de 2008; fecha de inicio 28 de febrero de 2008; fecha de vencimiento 28 de febrero de 2023; pagador a tipo fijo el cliente; pagador a tipo variable Barclays ; tipo fijo 4,640% anual; referencia de liquidación el Euríbor; diferencial ninguno; período de liquidación tres meses; agente de cálculo Barclays.

2.- La entidades demandantes interpusieron demanda de juicio ordinario contra Barclays Bank S.A. (sucedido por Caixabank S.A.), en la que se solicita que se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera de los tipos de interés antes mencionados, por haber incurrido ellas en error en el consentimiento, y que se condene a Barclays a reintegrar el importe que percibió de las sociedades.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda.

Razona que aunque las contratantes fueran calificadas de minoristas y no se le realizase el test prescrito, no incurrieron en un vicio del consentimiento.

La inversión en energía renovable, unido al bagaje profesional y empresarial de algunos representantes y administradores de las actoras traslucen que cuando se decantaron por el proyecto inversor, se representaron los riesgos de una inversión a largo plazo financiada a crédito, y , más aún , en un entorno de inestabilidad e incertidumbre de los mercados financieros cuando se celebraron los contratos. Eran conscientes de la conveniencia de mitigar el riesgo de tipo de interés.

Añade que ello independientemente de que las permutas litigiosas fueran la mejor cobertura, y que la financiación a tipo fijo pudiera haber sido otra opción.

A efectos de la adecuada información la sentencia califica el swap fijo-flotante como comprensible para un inversor estándar con cierta exigencia y a crédito, sin olvidar que se les informó de las condiciones de la permuta telefónicamente, antes de la preconfirmación.

4.- Las actoras interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió conocer de él a la sección 14ª de la Audiencia Provincial de

Madrid, que dictó sentencia el 30 de julio de 2014 por la que desestimó el recurso.

5.- La audiencia indica que la pericial aportada en autos por la entidad bancaria acredita que los contratos swap fijo-flotante consisten en un producto financiero que para un conocedor de este tipo de productos es de sencilla comprensión, añadiendo que se informó debidamente por cuanto se adjuntaba una tabla de amortización que permitía comprender el producto a un inversor estándar y con cierta experiencia. Además las sociedades actoras se constituyeron con la finalidad de desarrollar una actividad consistente en la explotación de plantas de energía fotovoltaica y producción de energía eléctrica. Las pólizas de crédito y los swaps contratados fueron coetáneos. Aunque las contratantes fueran calificadas como minoristas y no se les realizara el test, los administradores eran suficientemente conocedores del proyecto inversor que afrontaron, ya que consta probado que algunos de ellos tenían experiencia en el sector eléctrico y de energías renovables. Cuando se representaron los riesgos de una inversión a largo plazo financiada a crédito en un entorno de inestabilidad e incertidumbre de los mercados financieros en el momento de celebrarse los contratos eran conscientes de la necesidad de mitigar el riesgo de los tipos de interés, por lo que decidieron para ello contratar los productos swap fijo- flotante, productos que no pueden calificarse de estructurados y que cumplían una función de cobertura. Por otro lado, la alegación relativa a que la entidad bancaria prestó asesoramiento a los demandados es una cuestión nueva que no se alegó en la instancia. No obstante, los demandantes fueron los que solicitaron al banco que les ayudara a conseguir de alguna manera la obtención de un tipo fijo, decidiéndose por el producto swap fijo-flotante.

6.- La representación procesal de las demandantes interpuso contra la anterior sentencias recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3º LEC, por ser la sentencia recurrida contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

7.- El recurso contiene seis motivos:

(i) El motivo primero se funda en la infracción, por inaplicación, de la doctrina jurisprudencial interpretativa y aplicadora de las normas jurídicas que, ante la condición de minorista de los demandantes, y dada la naturaleza compleja del swap contratado, imponía obligaciones de información y

documentación que no se cumplieron y que conducen a que haya habido error en el consentimiento. Cita las SSTs de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, 8 de julio de 2014 y 10 de septiembre de 2014; y el art. 79 bis LMV.

(ii) El motivo segundo se funda en la infracción, por inaplicación, de la jurisprudencia interpretativa y aplicadora de las normas jurídicas que exigen que la entidad financiera lleve a cabo un test que evalúe la conveniencia del producto financiero y su idoneidad para el cliente. Cita las SSTs de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, 8 de julio de 2014 y 10 de septiembre de 2014; y el art. 79 bis, puntos 6 y 7, LMV.

(iii) El motivo tercero se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el requisito de excusabilidad del error. SSTs de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, 8 de julio de 2014, 10 de septiembre de 2014 y 18 de abril de 2013.

(iv) El motivo cuarto se funda en la infracción, por omisión, de la jurisprudencia recaída sobre la norma que regula la condición de cliente minorista de servicios de inversión y sus consecuencias. Art. 78 bis LMV y SSTs de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, 8 de julio de 2014, 10 de septiembre de 2014 y 18 de abril de 2013.

(v) El motivo quinto se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el error en el consentimiento. SSTs de 7 de julio de 2014, 10 de septiembre de 2014 y 6 de junio de 2013.

(vi) En motivo sexto se funda en la infracción, por omisión, de la doctrina existente sobre el contrato de permuta financiera. SSTs de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014 y 8 de julio de 2014.

8.- La sala dictó auto el 20 de julio de 2016 por el que admitió el recurso de casación.

9.- La parte recurrida, previo el oportuno traslado, presentó escrito de oposición al recurso de casación, si bien, con carácter previo, alega dos motivos de inadmisión del recurso: (i) por introducir como cuestión nueva el supuesto asesoramiento prestado por la entidad demandada y (ii) no respetar la base fáctica de la sentencia recurrida y pretender la revisión de la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala sobre la admisibilidad del recurso.*

Ambas cuestiones se encuentran estrechamente entrelazadas, pues giran alrededor de los deberes de información de la entidad demandada, teniendo en cuenta la calificación que merezca el producto, el perfil del cliente, normativa aplicable y condiciones en que se prestó la información.

De otra parte resulta demasiado formalista afirmar que es cuestión nueva alegar que la entidad bancaria prestó asesoramiento a las demandantes, porque no se alegó en la instancia.

Basta la lectura de la demanda para apreciar que los contratos litigiosos, según las actoras, eran condición para la concesión de los préstamos, así como la cita que se hace de la normativa MiFiP a efectos de deberes de información.

Late, pues, la función de asesoramiento del banco en el planteamiento del debate en la instancia.

Planteado el recurso desde esa perspectiva, que es la que recoge la sentencia recurrida, no se altera la base fáctica de esta, únicamente se discute la valoración jurídica de los hechos.

La sentencia 11/2017, de 13 de enero, afirma que «entra en el ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable. Por tanto, no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de información y la capacidad de los demandantes (de su representante) para entenderla en tanto que empresario de cierta importancia». «La valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del representante de las demandantes para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación».

Procede, por tanto, desestimar los motivos de inadmisibilidad que se han opuesto.

TERCERO.- *Decisión de la sala sobre el recurso.*

En atención a la consideración que antes hemos expuesto y por autorizarlo la doctrina de la sala, vamos a enjuiciar conjuntamente todas las

motivos por la estrecha relación que guardan entre sí respecto a la esencia del debate, que no es otra que decidir sobre la existencia de error vicio en las entidades contratantes de los swap, al prestar su consentimiento.

Como se pretende la revisión de la valoración jurídica de la sentencia recurrida, vamos a atenernos, metodológicamente, a los argumentos de ella para decidir el recurso.

CUARTO.- Ante todo se ha de tener en cuenta que este tipo de contratos, sin que la pericial sea quien deba calificarlos, son calificados de complejos y arriesgados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L.(C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional.

Como afirmábamos en la sentencia 595/2015, de 30 de octubre, posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre estas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas.

Por tanto el producto es complejo y de riesgo, y de tal calificación se ha de partir para ofrecer respuesta al resto de las cuestiones.

QUINTO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho Español de la normativa MiFiD.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFiD" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de

Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (que ya estaba en vigor cuando se firmó el contrato litigioso y sustituyó al 629/1993, invocado en el recurso), establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben:

- (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo;
- (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes;
- (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó 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, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el

producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero).

SEXTO.- La sentencia recurrida llega a la conclusión de que las actoras dispusieron de suficiente información tanto por recibir el cuadro de amortizaciones y documentos de preconfirmación con las condiciones, como por la información telefónica mantenida con los empleados de Barclays.

Tales valoraciones jurídicas desde el respeto a los hechos probados contradicen la jurisprudencia de la sala:

(i) Viene afirmando esta (sentencia 195/2016, de 29 de marzo, con cita de las anteriores sentencias 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero) que «no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). (...) no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés ».

Se insiste en las anteriores afirmaciones, entre otras, en las sentencias 11/2017, de 13 de enero, y 132/2017, de 27 de febrero.

Como afirmamos en la sentencia 692/2015, de 10 de diciembre, «el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia

utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nacional».

(ii) Tal información, como sostiene la sentencia recurrida, no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre, y 195/2016, de 29 de marzo).

Hemos afirmado en ocasiones anteriores 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 (sentencia 11/2017, de 13 de enero, y las que en ella se citan).

(iii) « Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo.

La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. A la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que esté tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. (Sentencia 11/2017, de 13 de enero).

(iv) La audiencia, partiendo de la doctrina de la sala que se ha expuesto, no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informase al cliente de los riesgos de la operación, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que considera suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, concediendo relevancia al hecho de que los contratos contenían menciones a su funcionamiento y riesgos.

(v) A tales efectos basta la lectura de la información telefónica, transcrita al folio 770, para constatar que no se cumplen mínimamente las exigencias que sobre los deberes de información hemos expuesto.

SÉPTIMO.- Consecuencia de estos deberes de información y de que existe una asimetría informativa entre las entidades financieras y el cliente, deviene relevante el perfil de este.

Tampoco en este extremo la sentencia recurrida hace una valoración jurídica acorde con la jurisprudencia de la sala.

Reconoce que las demandantes fueron calificadas de minoristas, así como que no se le hicieron los test prescritos, y a continuación les concede capacidad para entender la naturaleza y riesgos de este producto en atención al gran proyecto inversor que iban a ejecutar en materia de energías renovables, teniendo experiencia en el sector eléctrico y demás energías.

No es eso lo que sostiene la sala habiéndose afirmado en numerosas sentencias que 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. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que su responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión (SSTS 11/2017, de 13 de enero; 6 de abril de 2017).

De ahí que inferir de ese dato, como hace la sentencia recurrida, que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo, contradice la jurisprudencia de la sala.

Como afirma la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, 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 de simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

La sentencia recurrida sobre la base de estos datos, probados y respetados, contradice la jurisprudencia de la sala, que afirma en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, 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.

Por tratarse de una empresa que contrae préstamos, con o sin garantía hipotecaria, o concierta contratos de leasing, no puede presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria compleja.

Por idénticos motivos de cualificación para negociar esta clase de productos, se ha excluido el carácter excusable del error aún interviniendo un asesor fiscal (sentencia 496/2016, de 15 de julio, 579/2016, de 30 de agosto, y 11/2017, de 13 de enero).

Es esclarecedora, al efecto, la sentencia 60/2016, de 12 de febrero.

OCTAVO.- *Incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio.*

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 de 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; y 595/2016, de 5 de octubre).

Por tanto ese déficit de información, en estrecha relación con la calificación de minorista que hace la entidad financiera de las actoras, puede hacer presumir el error en quien contrató (sentencia del Pleno 840/2013 de 20 de enero de 2014).

No es que el incumplimiento de los deberes de información determine por sí la existencia de error vicio, sino que permite presumirlo (sentencia 560/2015, de 28 de octubre).

Consecuencia de lo anterior es que la presunción de error vicio admite justificación en contrario.

La sentencia recurrida, sin embargo, desde el respeto a sus conclusiones fácticas, no contiene ningún argumento que desvirtúe la presunción.

Ya se ha dicho que una cosa es que un empresario acometa, en el sector de su empresa, operaciones empresariales de riesgo, y otra que ello, sobre todo cuando se ha calificado de minorista, suponga que sea idóneo para contratar productos de riesgo y complejos o convenientes.

La entidad financiera, tras calificar a las actoras de minoristas y relevarlas del test, venía obligada a una información más detallada y no protocolaria, en los términos ya expuestos.

De ahí que proceda la estimación del recurso.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, procede no imponer las costas a la parte recurrente.

Asimismo procede la condena de la parte demandada a las costas de la primera instancia, sin hacer expresa condena en costas de las causadas en el recurso de apelación.

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 la representación procesal de las mercantiles

contra la sentencia dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, el 30 de julio de 2014, en el rollo de apelación 723/13 dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 770/12 procedentes del Juzgado de Primera Instancia n.º 77 de Madrid.

2.º- Estimar, por ende, el recurso de apelación interpuesto por

contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 77 de Madrid el 15 de julio de 2013.

3.º- A consecuencia de las anteriores estimaciones, se estima íntegramente la demanda en los siguientes términos:

(i) Se declara la **"NULIDAD DE LOS CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (IRS)"** celebrados entre

Y BARCLAYS por error en el consentimiento de la parte demandante.

(ii) Se condena a la entidad financiera demandada al reintegro de las cantidades percibidas de la demandante que ascienden a la cantidad de **QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON CUARENTA Y OCHO CÉNTIMOS DE EURO (544.246,48€)**, como consecuencia de la variación a la baja de los tipos de interés, con



el interés legal correspondiente a cada una de las liquidaciones desde el momento en que fueron liquidadas.

4.- No se impone las costas del recurso a la parte recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir.

5.- Se condena a la parte demandada a las costas de la primera instancia, sin hacer expresa condena de los causados en el recurso de apelación.

Líbrese al mencionado tribunal testimonio de 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.

