



Roj: **STS 578/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:578**

Id Cendoj: **28079110012017100105**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2017**

Nº de Recurso: **2268/2013**

Nº de Resolución: **106/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6851/2013,**  
**STS 578/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 17 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Llars Hostal de la Creu, S.L., representada por la procuradora Soledad Vallés Rodríguez. Es parte recurrida la entidad Banco Mare Nostrum S.A. (antes Caixa d'Estalvis del Penedès), representada por el procurador Cecilio Castillo González (en sustitución del procurador Argimiro Vázquez Guillén).

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO. Tramitación en primera instancia**

1. El procurador Jesús de Lara Cidoncha, en nombre y representación de la entidad Llars Hostal de la Creu S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona, contra la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès, para que se dictase sentencia:

«por la que estimando la demanda formulada se declare, alternativamente, uno de los siguientes fallos:

a) Que se declare nulo el contrato suscrito (Cobertura de Tipus d'Interès 0060.06540.00001.6) y en virtud de dicha declaración, ambas partes deberán proceder a la restitución de las mutuas prestaciones.

b) Subsidiariamente en el supuesto de que no se considerara la nulidad del contrato de Cobertura de Tipus D'Interès 0060.06540.00001.6 de 11 de junio de 2008, que entienda desistido o resuelto con plenos efectos desde la fecha de la solicitud del importe de cancelación del mismo o desde la presentación de esta demanda y acuerde además respecto a la penalización por desistimiento una de las dos peticiones alternativas que se solicitan:

a) Declare nula la estipulación que establece la Cancelación Anticipada.

b) En el caso de SSª considerara válida procediera a moderarla aplicando una penalización que no debería exceder de un máximo de un 0.5% sobre el nocional del contrato, en atención al 1154 CC.

Con la condena a las costas del procedimiento en las peticiones alternativamente formuladas».

2. El procurador Alfredo Martínez Sánchez, en representación de la entidad Caixa d'Estalvis de Penedès, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:



«por la que disponga:

- (i) la desestimación de la demanda interpuesta por la demandante contra Caixa Penedès, declarando la vigencia del contrato impugnado;
- (ii) subsidiariamente y en lo que a la declaración de nulidad de la cláusula de cancelación solicitada por la demandante, declarar su validez en los términos contractualmente convenidos;
- (iii) la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona dictó sentencia con fecha 29 de julio de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimo íntegramente la demanda a instancia de la mercantil Llar Hostal de la Creu, S.L., representada por el procurador D. Jesús de Lara Cidoncha, asistido de su abogado D. Jesús de la Paz Fiel Martínez, contra Caixa d'Estalvis del Penedès, representada por el Procurador D. Alfredo Martínez Sánchez, y asistido por el Letrado D. Juan Ignacio Sanz Caballero y declaro nulo el contrato de cobertura de tipo de interés suscrito el 11 de junio de 2008 entre Llar Hostal de la Creu, S.L. y Caixa d'Estalvis del Penedès y en consecuencia acordar la devolución de las cantidades abonadas por ambas partes con motivo del contrato, más los correspondientes intereses desde los cargos en cuenta. Se imponen las costas al demandado».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Mare Nostrum, S.A. (antes Caixa d'Estalvis del Penedès).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 14.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 26 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Mare Nostrum S.A. contra la sentencia dictada en fecha 29 de julio de 2011 por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 29 de Barcelona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma y desestimándose íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Jesús de Lara Cidoncha, en representación de la entidad Llar Hostal de la Creu, S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por incorrecta interpretación e inaplicación del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, en relación con el art. 6.3 del Código Civil.

2º) Infracción por incorrecta interpretación e inaplicación del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero».

2. Por diligencia de ordenación de 8 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.<sup>a</sup>, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Llar Hostal de la Creu, S.L., representada por la procuradora Soledad Vallés Rodríguez; y como parte recurrida la entidad Banco Mare Nostrum S.A. (antes Caixa d'Estalvis del Penedès), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén, posteriormente sustituido por el procurador Cecilio Castillo González.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Llar Hostal de la Creu S.L. contra la sentencia dictada, el día 26 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 1126/2011, dimanante del juicio ordinario n.º 1043/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Mare Nostrum S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 14 de junio de 2007, Llars Hostal de la Creu, S.L. concertó con Caixa d'Estalvis del Penedès (en la actualidad Banc Mare Nostrum), un préstamo hipotecario de 1.147.000 euros.

El 11 de junio de 2008, a instancia de Caixa d'Estalvis del Penedès, Llars Hostal de la Creu, S.L. concertó un contrato de permuta financiera sobre un nocional de 900.000 euros.

No consta aportado el test de idoneidad, ni el de conveniencia, sin perjuicio de una referencia genérica contenida en el contrato a que el cliente conocía y asumía los riesgos que comportaba la operación.

Las dos primeras liquidaciones trimestrales fueron positivas para el cliente, la primera de 18,40 euros y la segunda de 18,20 euros, lo que suman en total 36,60 euros. Las seis posteriores fueron negativas, en total 40.410,65 euros.

2. Llars Hostal de la Creu, S.L. ejercitó una demanda en la que pedía la nulidad del contrato de permuta financiera porque la entidad financiera con la que lo contrató había incumplido los deberes de información previstos por la normativa MiFID en relación con las características del producto y sus concretos riesgos. En concreto, ejercitaba la acción de nulidad fundada en el error vicio, generado por el defecto de información recibida. Se añadieron otras causas de nulidad que ahora no resultan relevantes, como la ilicitud de la causa.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, en cuanto que apreció el incumplimiento de los deberes de información previstos en la normativa MiFID y el error vicio que determina la nulidad del contrato.

4. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por la entidad financiera demandada. La sentencia de apelación entiende que no ha existido error vicio. En primer lugar, advierte que aunque la demandante tenga la condición de minorista, eso «no es suficiente per se para considerar que la actora no entendía la sustancia del contrato». Para la Audiencia la condición de abogados y empresarios de los socios les exigía adoptar la mínima diligencia antes de firmar el contrato, en concreto, la lectura atenta del contrato. E insiste en que no ser experto en productos financieros no es equiparable a no haber entendido el producto.

La sentencia de apelación reconoce que no consta aportado el test de conveniencia, pero entiende que el mismo se realizó porque en el contrato firmado por la demandante aparece una cláusula relativa al conocimiento del producto y sus riesgos. Y concluye que el error no era inexcusable, pues se podía haber evitado mediante una diligencia mínima.

Tampoco entiende que la cláusula de cancelación anticipada sea nula.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de dos motivos.

Tiene razón la entidad recurrida en que el recurso de casación contiene un error en el suplico, pues se refiere a una sentencia distinta de la que es objeto del presente recurso. Debemos confirmar la alegación que formula en relación con la necesidad de precisión del suplico, aunque esta exigencia es mayor en el escrito de demanda, que en el recurso de casación. En cualquier caso, aunque es manifiesta la imprecisión del suplico, se trata de un error de transcripción que puede entenderse subsanado a la vista de la información contenida en el propio recurso.

### **SEGUNDO.** *Motivo primero de casación*

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 79 bis LMV y de los arts. 60 a 70 del RD 217/2008, de 15 de febrero, en relación con el art. 6.3 CC. La infracción se habría producido al no haber apreciado la sentencia recurrida la nulidad absoluta del contrato como consecuencia de la constatación del incumplimiento de los deberes de información contenidos en la reseñada normativa MiFID.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* Para desestimar el motivo basta recordar la jurisprudencia reiterada de esta sala de que el incumplimiento de los deberes de información que el art. 79 bis LMV impone en caso de contratación de productos financieros complejos con clientes minoristas, no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato.

En la sentencia 380/2016, de 3 de junio, afirmamos que «la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio».



En esa sentencia transcribíamos el razonamiento que habíamos expuesto en la anterior sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, para justificarlo:

«(L)a normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.

»Conforme al art. 6.3 CC, "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad ( art. 1255 CC)».

### **TERCERO.** *Motivo segundo de casación*

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el art. 79 bis LMV y de los arts. 60 a 70 del RD 217/2008, de 15 de febrero.

El motivo se centra en torno a las exigencias de información contenida en estos preceptos y cómo se pueden tener por cumplidas, en relación con sus consecuencias respecto del error vicio.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo.** El contrato de permuta financiera objeto de litigio se concertó el 11 de junio de 2008, cuando ya estaba incorporada a la Ley del Mercado de Valores la normativa MiFID, por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre].

**3.** En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» ( sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, la entidad financiera demandada (Caixa d'Estalvis del Penedès) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Llars Hostal de la Creu, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.



Como ha dejado constancia la sentencia de primera instancia, y no ha contradicho la Audiencia, no ha quedado probado que la entidad financiera hubiera explicado los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés y el coste efectivo que ello podía suponer para el cliente. A este respecto, la información contenida en el contrato resulta insuficiente y a la entidad financiera se le exigía una actividad positiva en la fase precontractual, de la que no queda constancia.

**4.** La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

**5.** El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

**6.** Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» ( sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

**7.** Al hilo de la argumentación empleada por la Audiencia para rechazar que la ausencia de una explicación precontractual de los concretos riesgos que implicaba la contratación del swap hubiera provocado el error vicio denunciado, hemos de hacer las siguientes consideraciones: i) a los efectos de exigir los deberes de información previstos en el art. 79bis LMV lo relevante es que el cliente tenga la condición de minorista, por





contraposición a inversor profesional, y en este caso no hay duda de que la demandante es minorista; ii) esta exigencia de información, como ya hemos apuntado, se refiere a las características del producto financiero complejo contratado y, sobre todo, sus concretos riesgos; iii) en el presente caso no consta que la caja hubiera informado de las consecuencias negativas que podría reportar el swap si ocurría, como luego ocurrió, una bajada drástica del Euribor (tipo tomado de referencia en el contrato); iv) el incumplimiento de estos deberes permite presumir el error, esto es, la representación equivocada sobre lo que se contrataba, y este error es sustancial y relevante, pues de haber conocido esos riesgos no se hubiera contratado el swap; v) es cierto que en alguna ocasión hemos advertido que a pesar del incumplimiento de los deberes de información, no había existido error en atención sobre todo a la experiencia profesional del cliente y al conocimiento que tenía del producto; vi) en este caso la condición de abogados de los socios de la demandante no permite concluir que tuvieran experiencia y conocimiento del producto que excluyera la apreciación del error; vii) la existencia de estos deberes legales de información del art. 79 bis LMV y su incumplimiento conllevan, a su vez, que el error se considere excusable, en atención a la reseñada asimetría informativa.

Por todo ello, procede la casación de la sentencia de apelación, la desestimación de la apelación y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

#### **CUARTO. Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso ( art. 398.2 LEC).

2. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Mare Nostrum, S.A., imponemos a la apelante las costas de su recurso ( art. 398.2 LEC).

#### **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 la representación de Llars Hostal de la Creu, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 26 de junio de 2013 (rollo 1126/2011), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas con devolución del depósito constituido para recurrir. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Mare Nostrum, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Barcelona de 29 de julio de 2011 (juicio ordinario 1043/2010), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. Y líbrense 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.