



Roj: **STS 1333/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1333**

Id Cendoj: **28079110012017100211**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2017**

Nº de Recurso: **898/2014**

Nº de Resolución: **234/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 116/2014,**
STS 1333/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 420/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Alcoy, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la entidad Mira y Llorens, S.A., representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Ricardo Molina Sánchez-Herruzo; siendo parte recurrida la entidad Banco Santander, S.A., representado por la procuradora de los Tribunales doña Cayetana de Zulueta Luchsinger.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don José Blasco Pla, en nombre y representación de Mira y Llorens, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banesto S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Solicitando la nulidad de los siguientes contratos suscritos con dicha entidad:

- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 12 de Julio de 2004 por importe de 600.000 ?;
- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 17 de Marzo de 2005 por importe de 300.000 ?;
- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 20 de Julio de 2005 por importe de 300.000 ?;
- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 10 de Febrero de 2006 por importe de 450.000 ?;
- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 12 de Abril de 2006 por importe de 1.200.000 ?.
- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 12 de Abril 2007 por importe de 1.200.000 ?;
- »Contrato sobre Operaciones Financieras de fecha 1 de abril 2009 por importe de 1.000.000?.

»Y de cualquier otro contrato o contratos sobre operaciones financieras que pudieran existir y de los que esta parte tuviera conocimiento por no habersele entregado copia por parte del Banco en el momento correspondiente a la firma.

»Todo ello por no haber emitido el cliente un consentimiento valido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho pronunciamiento, se declare la nulidad de los referidos



contratos condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas como consecuencia de los contratos cuya nulidad se postulan, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de los mismos, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de cobro, que se verá incrementado en dos puntos desde la Sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.º- La procuradora doña Trinidad Llopis Gomis, en nombre y representación de Banco Español de Crédito S.A., 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 interpuesta de contrario en todas sus peticiones tanto principales como accesorias, con expresa imposición de costas a la parte demandante».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Alcoy, dictó sentencia con fecha 6 de mayo de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«que desestimando la demanda formulada por el procurador sr. Blasco Pla, en nombre y representación de la mercantil Mira y Llorens S.A., contra la entidad bancaria Banesto, S.A. debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones ejercidas en su contra.

»cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Mira y Llorens S.A. La Sección quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 6 de mayo de 2013 en el procedimiento de juicio ordinario n.º 420/2013 tramitado ante el Juzgado de Primer Instancia n.º 2 de Alcoy, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de Mira y Llorens S.A, con apoyo en los siguientes: Motivos: Infracción de los artículos 216 y 217 de la LEC con base en el artículo 469.1. 2º de la LEC . Segundo.- Infracción del art. 218 de la LEC , por la falta de congruencia claridad, exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida con base en el artículo 469.1. 2.º de la LEC .

Igualmente se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo. Único.- Por infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, del Mercado de Valores y de los arts 16 y art 5.3 del Anexo 1 Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo , y de la directiva de la CE 2004/39 relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros y sus dos normas de desarrollo, la Directiva de la CE 2006/76 y el Reglamento de la CE 1287/2006 (espacio MIFID) al considerar que la sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales relacionada con dicha normativa acerca de si en este tipo de contrataciones de permutas financieras ó swaps el contenido del contrato y su lectura son suficientes para su comprensión y para conocer los riesgos de la contratación o, por el contrario, es necesaria una información adicional con carácter previo (referida a la evolución de los tipos de interés, cálculos de liquidaciones, cálculo de cancelación, etc.) y si su omisión determina el vicio del consentimiento prestado.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 30 de noviembre de 2016 , se acordó:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Mira y Llorens, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 13 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección en el rollo de apelación n.º 309/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 420/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alcoy.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurridas formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

»3º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la mercantil recurrente, que perderá el depósito constituido».



SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de la mercantil Banco Santander 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 28 de marzo de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que da lugar al recurso se interpone por una sociedad anónima contra Banesto (hoy Banco de Santander), sobre nulidad por error en el consentimiento de siete contratos de permuta financiera de tipos de interés de los que solo dos de ellos han accedido a casación: los suscritos el 12 de abril de 2006 y el 1 de abril de 2009. La caducidad de la acción de nulidad de los demás -alegada por la demandada y estimada en la instancia- no accede a casación, a pesar de lo cual, de forma absolutamente incongruente, se interesa en el suplico del recurso la estimación «en su integridad la demanda iniciadora de las presentes actuaciones».

La sentencia del juzgado desestimó la demanda por lo siguiente: a) estamos ante un cliente minorista, en una operación de comercialización y no asesoramiento; b) el cliente estuvo firmando contratos desde el año 2004 de los que se estuvo beneficiando; c) en el contrato firmado en 2009 se hizo el test MIFID en el que consta la experiencia en derivados financieros, «con estudios de diplomatura y ciclo superior, y que ha realizado operaciones de productos financieros entre 3 y 7 años, además de declarar que es conocedor y comprende la mayoría de riesgos asociados a tales productos»; d) el administrador de la demandante, además de haber sido empleado de banca, ha sido informado de los riesgos ya que en los contratos se contienen cláusulas explicativa; e) el empleado de banco que los comercializó reconoció que tenía unos conocimientos superficiales pues se hacía acompañar por un técnico especialista que explicaba los contratos, y f) aunque le fuera ofertado como un seguro, de los folletos informativos que se le entregaron se advierte que el cliente puede tener obligación de pagar.

Estos razonamientos son también aplicables al contrato suscrito en el año 2006 pues no cabía confusión con un seguro para quien había trabajado en la banca. Los propios contratos mencionaban el riesgo y la empresa tiene un alto volumen de facturación y, en definitiva, porque no estamos ante un cliente sin formación financiera que no hubiera sido debidamente informado por el banco.

La sentencia de la Audiencia provincial confirma estas declaraciones. Sobre la información dice lo siguiente:

«a pesar de lo alegado por el apelante sobre la escasa o nula información sobre las características del producto, estas no desvirtúan las consideraciones jurídicas plasmadas en la sentencia de instancia. Así se deriva de la declaración del citado testigo Director de la oficina, que expresamente dijo que intervino en la información el Sr Jorcas y que el cliente comprendía el producto ofertado, lo que unido a las diligencias documentales, como los contratos suscritos por su representante y aportados a autos por el demandante (documento núm. 1 a 7) que recogen los riesgos de dichos productos contratados en los que expresamente se advierte que el cliente podría, en relación a la bajada o subida del tipo de interés, acabar teniendo un coste financiero superior comparado con la alternativa de no haber contratado dicho producto; las liquidaciones aportadas por el actor derivadas de los productos contratados (documento núm. 8); y el cuestionario realizado al legal representante de la mercantil actora que contrató dichos productos financieros, en cumplimiento de la normativa MIFID, que entre otros datos relevantes consta que ha trabajado en un cargo relacionado con el sector financiero y que está familiarizado con los productos derivados durante un periodo de 3 a 7 años. De estos datos no cabe duda de que era conocedor de los riesgos que asumía la mercantil actora a través de su representante, sin que la parte demandada estuviera obligada a pedir el interrogatorio de parte, pese a lo manifestado por el apelante en su recurso».

SEGUNDO.- Se formula recurso de casación con un único motivo por infracción de los artículos 79 de la ley del Mercado de Valores (obligación de diligencia y transparencia), artículo 16 (información a la clientela sobre operaciones realizadas) y 5.3 del anexo RD 629/1993 (información a clientela sobre operaciones realizadas), y Reglamento CE 1287/2006 (espacio MIFID). Junto a estos artículos se cita numerosas sentencias contradictorias de Audiencias provinciales.

Conviene señalar que en el motivo nada se argumenta sobre la infracción denunciada del Reglamento CE 1287/2006 y lo único que justifica el recurso es la afirmación de la sentencia recurrida de que no existió error invalidante «porque mi mandante había trabajado en una entidad financiera (hecho que no ha quedado probado en los autos, pues únicamente consta la declaración del personal de la entidad demandada en este sentido) y porque de la lectura de los contratos se entiende de forma suficiente, a través de los avisos genéricos contenidos en el contrato, que hay riesgo en la evaluación del tipo de interés y que de ello puede entenderse



que el contrato puede operar de forma contraía a la esperada y que puede suponer un aumento en el coste financiero de la empresa que suscribe».

Añade también la contradicción de la sentencia con alguna sentencia que cita en el recurso sobre los riesgos del contrato en razón a que sabía que generaba liquidaciones negativas y la suscripción de cinco contratos en un lapso de unos cinco años.

Se desestima.

1. La acción de nulidad se refiere a dos contratos de swap firmados el 12 de abril de 2006 y el 1 de abril de 2009. El primero antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MIFID. El segundo después.

Pues bien, constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MIFID (en concreto el art. 79 bis. 3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), 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].

2. 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 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 (Banco Banesto) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia concluye que la información suministrada cumplía con estas exigencias en atención no solo a la prueba documental, sino a la testifical, que puso de relieve que había habido suficiente información entre el demandante y los empleados del banco, en las que se explicó el funcionamiento del producto y sus riesgos, y que junto con el contenido del contrato permitía a una persona que ya tenía experiencia de banca (extremo que declara probado la sentencia y no ha sido combatido en el recurso correspondiente) y en productos financieros complejos, como resulta del test MIFID, prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos antes y después de la normativa MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados: «la prueba practicada nos lleva a considerar que la parte demandante tenía conocimiento de las operaciones financieras que suscribió y de los riesgos que asumía», dice la sentencia.

TERCERO.- A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica, que se mantiene, pues ninguna vulneración se advierte sobre el incumplimiento de los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan el error vicio, razón por la cual se desestima el recurso; todo ello con expresa imposición a la parte recurrente las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.1 LEC).

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

ha decidido

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Mira y Llorens, SA contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5ª) de 13 de febrero de 2014 (rollo núm. 309-B/2013), con expresa imposición de las costas del recurso a la parte recurrente. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ