



Roj: **STS 5110/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5110**

Id Cendoj: **28079110012016100652**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **558/2013**

Nº de Resolución: **667/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 93/2013,**
STS 5110/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por J y J Albalat Copromab S.L., representada por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover y bajo la dirección letrada de D. Benjamín José Prieto Clar, contra la sentencia n.º 16/2013, de 17 de enero dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 720/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 37/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia. Ha sido parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Gualde Capó.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Laura Oliver Ferrer, en nombre y representación de J y J Albalat Copromab S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja (ahora Bankia) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«declarando la nulidad radical del citado contrato SWAP, con la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a mi representada (que a día de hoy se calcula en 116.591,01 euros), a lo que habrá de añadirse los intereses legales correspondientes».

2.- La demanda fue presentada el 9 de enero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia y fue registrada con el núm. 37/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Javier Roldán García, en representación de Bankia S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda presentada por J Y J ALBALAT COPROMAB, S.L. frente a CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN YA ALICANTE, BANCAJA, hoy BANKIA, S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia dictó sentencia n.º 123/2012, de 4 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando la demanda formulada a instancia de la entidad J Y J ALBAT COPROMAB S.L. que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales D.ª Laura Oliver Ferrer contra la entidad BANKIA



que ha estado representado por el Procurador de los Tribunales D. Javier Roldán García DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad radical del contrato SWAP suscrito entre ambas partes con retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde su inicio y devolución a la demandante de la suma de 98.117,83 ? más las liquidaciones que se practiquen con posterioridad a determinar en su caso en ejecución de sentencia si se llegan a practicar y cobrar, más intereses legales y sin imposición de costas.[...]».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankia S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 720/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 16/2013, de 17 de enero , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de BANKIA contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 1 de Valencia de 4 de junio de 2012 que revocamos.

»DESESTIMAMOS la demanda formulada por la representación de la entidad J y J ALBAT COMPROMAB SL contra BANKIA en ejercicio de acción de nulidad de contrato de permuta financiera de intereses suscrito entre las partes el 21 de julio de 2008, absolviendo a la demandada de los pedimentos contra ella deducidos, sin hacer pronunciamiento impositivo en materia de costas procesales de la instancia.

»Respecto de las costas de la apelación, cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Procedase a la restitución del depósito constituido para apelar».

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

1.- La procuradora D.ª Laura Oliver Ferrer , en representación de J y J Albalat Copromab S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos fueron:

«Primero.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, vulneración de las siguientes normas sustantivas, en concreto de los artículos 1088 , 1091 , 1254, siguientes y concordantes del Código Civil, y en especial 1258 , 1265 , 1266 , 1269 , 1300 y 1301 ; del artículo 79, siguientes y concordantes de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores ; del RD 629/1993, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, y de los artículos 60 siguientes y concordantes del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de la empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

»Segundo.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales.

»Tercero.- Necesidad de fijación por el Tribunal Supremo de la correcta interpretación de la norma que se considera infringida por no llevar más de cinco años en vigor».

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 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad J y J Albalat Copromab, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el rollo de apelación nº 720/2012 , dimanante del juicio ordinario 37/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 de octubre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 27 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*



- 1.- Durante el año 2007, la compañía mercantil J. y J. Albalat Copromab S.L., pequeña empresa dedicada a la construcción y promoción inmobiliaria, y Bancaja (actualmente, Bankia S.A.), concertaron dos contratos de préstamo hipotecario, por importe de 1.044.207 ? y 1.538.207 ?, respectivamente.
- 2.- El 21 de julio de 2008, a sugerencia de la entidad financiera, las mismas partes suscribieron un contrato denominado permuta financiera de tipos de interés, con un nominal de 1.000.000 ?, fecha de inicio el 31 de julio de 2008 y fecha de vencimiento el 30 de abril de 2012.
- 3.- Durante la vigencia del contrato, se giraron liquidaciones negativas para el cliente por importe total de 116.591,01 ?.
- 4.- J. y J. Albalat Copromab formuló demanda contra Bankia, en la que solicitaba la nulidad del contrato de swap, con retrocesión y compensación de todas las liquidaciones practicadas. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) La demandante no era consciente del contenido especulativo y de riesgo del producto, debido a la deficiente información ofrecida por la entidad financiera; (ii) Como consecuencia de ello, existió error excusable en la prestación del consentimiento por la cliente. En su virtud, estimó la demanda.
- 5- Interpuesto recurso de apelación por la demandada fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Hubo una reunión en que se informó al administrador de la demandante de las características del producto; (ii) Aunque el contrato no fue firmado en todas sus páginas, fue leído por el administrador, y contenía un aviso sobre posibles liquidaciones negativas. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso.*

- 1.- J. y J. Albalat Copromab interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC , basado en tres motivos, que realmente es uno solo, puesto que tras la enunciación del primero, en que se identifican las normas que se consideran infringidas, el segundo sirve únicamente para justificar el interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el deber de información del banco al cliente, y el tercero para formular la petición de doctrina jurisprudencial que se pretende del Tribunal Supremo.
- 2.- La parte recurrida se opone a la admisión del recurso de casación, al afirmar que se pretende una revisión de la base fáctica de la sentencia y que no existe interés casacional, porque las sentencias de Audiencias Provinciales que se citan son dispares, la normativa que se señala como infringida es confusa y no se ha invocado ninguna norma con menos de cinco años de vigencia.
- 3.- Para resolver sobre esta oposición a la admisibilidad del recurso, hemos de recordar la doctrina de esta Sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), y reiterada en las sentencias núm. 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Concurren causas absolutas de inadmisión del recurso de casación cuando se plantean motivos procesales y no sustantivos, cuando no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida y cuando el escrito carece de la necesaria claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC), y la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC). Por el contrario, concurren causas relativas de inadmisión cuando, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso, secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia.
- 4.- En este caso, el único motivo de casación realmente formulado sí supera el estándar de admisibilidad, por las siguientes razones: (i) No se altera la base fáctica de la sentencia, únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos; (ii) Pese a la cita de una multiplicidad de preceptos legales, se identifican correctamente los que atañen directamente al caso y se consideran infringidos, específicamente los arts. 1.265 , 1.266 y 1.300 CC , el art. 79 LMV, el RD 629/1993 y el RD 217/2008; (iii) Se invocan múltiples sentencias de Audiencias Provinciales que, ciertamente, resultan contradictorias entre sí y con la que es objeto de recurso. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas



de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

TERCERO.- *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, 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).

Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor. Por ello, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es la permuta financiera de tipos de interés respecto de una pequeña empresa constructora.

CUARTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- 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 ; y 510/2016, de 20 de julio).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial se basa en que hubo una reunión con la empleada del banco encargada de la comercialización de estos productos y que en el propio contrato se advertía de la posibilidad de liquidaciones negativas. Pero ello no es suficiente para cumplir el estándar de información exigible, porque aparte de no haberse estudiado la adecuación del producto al perfil inversor de la empresa, no consta que se advirtiera específicamente sobre el riesgo en caso de bajada de los tipos de interés y del coste de cancelación. Es más, en los documentos exhibidos durante la reunión con el cliente (la impresión de una presentación en power point) se incide mucho en las consecuencias de la subida de los tipos de interés, pero prácticamente nada se dice de lo que sucedería en un escenario de bajadas. Por lo que no puede compartirse en modo alguno que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son 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 requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». 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 antes transcritas 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 Bancaja 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.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación parcial del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Bankia, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo



398.1 LEC . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por J. y J. Albalat Copromab, S.L., contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el recurso de apelación núm. 720/2012 . 2.- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia núm. 123/2012, de 4 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Valencia , en el juicio ordinario núm. 37/2012, que confirmamos íntegramente. 3.- Imponer a Bankia S.A. las costas del recurso de apelación. 4.- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. 5.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal 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.