

Roj: **STS 975/2017 - ECLI:ES:TS:2017:975**Id Cendoj: **28079110012017100174**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/03/2017**Nº de Recurso: **778/2014**Nº de Resolución: **174/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 338/2014,**
STS 975/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Casa Águilas S.L., representada por la procuradora María Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Emilio Alfonso Onorato Ordóñez, en nombre y representación de la entidad Casa Águilas S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«A) Declare nula y sin efecto alguno la permuta financiera de tipos de interés contratada el 8 de marzo de 2007 (Ref. B00001849026) y su Confirmación de 12 de marzo de 2007.

»B) Condene a la Entidad demandada a abonar a mi mandante la cantidad de veinticuatro mil setecientos ochenta y tres euros con ochenta y dos céntimos (24.783,82.-?) en concepto de restitución de las cantidades cobradas como consecuencia de la permuta financiera, más las que se puedan cargar durante el proceso y hasta la ejecución de la Sentencia; más los intereses legales de dichas cantidades desde que fueron cargadas.

»Condene en costas a la demandada».

2. La procuradora Remedios Merino Escalera, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda interpuesta contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., con expresa condena en costas a la actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo: Que Estimando sustancialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Onorato Ordóñez, en nombre y representación de la entidad Casa Águilas S.A. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. debo declarar y declaro nula y sin efecto alguno la permuta financiera de tipos de interés contratada el 8 de marzo de 2007 y su Confirmación de 12 de marzo de 2007, debiendo las partes restituirse recíprocamente los pagos efectuados como consecuencia de la misma, con los intereses legales, sin expresa condena en costas».

SEGUNDO. *Interposición y tramitación del recurso de apelación*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante sentencia de 27 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima el recurso interpuesto por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sevilla con fecha 27 de febrero de 2013 en el Juicio Ordinario nº 2226/2010, y se revoca la misma, desestimando la demanda formulada contra la ahora apelante. Se condena a la actora al pago de las costas causadas en la primera instancia.

»No se hace pronunciamiento alguno con respecto a las costas causadas en esta Alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Emilio Alfonso Onorato Ordóñez, en representación de la entidad Casa Águilas S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.^a.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia (artículo 469.1, 2.º de la LEC), con base en la infracción de las reglas de la carga de la prueba (artículo 217 de la LEC)».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los artículos 78.1 y 79.1 de la Ley del Mercado de Valores (redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), artículos 14 y 15 del Real decreto 629/1993, de 3 de mayo, junto con los apartados nº 1 y 3 del artículo 5 de su Anexo, todos en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil. Oposición de la Sentencia recurrida a la doctrina de la Sentencia del Pleno de la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, Recurso nº 879/2012 .

2º) Infracción del artículo 14 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el carácter esencial de la cláusula de cancelación anticipada».

2. Por diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.^a, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 Casa Águilas S.L., representada por la procuradora María Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Casa Águilas, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.^a, en el rollo de apelación n.º 8793/2013, dimanante del juicio ordinario 2226/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sevilla».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de febrero, 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.

Casa Águilas, S.L. concertó con BBVA un contrato de préstamo al promotor de 1.980.000 euros. La duración del contrato era de 17 años. El interés para los seis primeros meses era del 2,850%, y para los sucesivos meses el Euribor más un diferencial de 0,65.

El 8 de junio de 2007, BBVA remitió a Casa Águilas, S.L. una propuesta de contrato de permuta financiera de tipos de interés, cuya confirmación fue firmada el día 12 de marzo de 2007.

Las liquidaciones practicadas fueron las siguientes:

En septiembre de 2007, 4.169,50 euros a favor de BBVA

En marzo de 2008, 3.973,67 euros a favor del cliente

En septiembre de 2008, 348,83 euros a favor de BBVA

En marzo de 2009, 14.226,34 euros a favor del cliente

En septiembre de 2009, 34.343,00 euros a favor de BBVA

En marzo de 2010, 45.777,92 euros a favor de BBVA

En septiembre de 2010, 48.238,67 euros a favor de BBVA

Cuando Casa Águilas interesó la cancelación del producto, el banco le informó que esto le costaría 295.575 euros, y seis meses después le informó que el coste sería más elevado, de 364.100 euros.

2. Casa Águilas en su demanda 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 pre-MiFID en relación con las características del producto y sus concretos riesgos, así como la posibilidad de cancelación y su coste. En concreto, ejercitaba la acción de nulidad fundada en el error vicio, generado por el defecto de información recibida.

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. Argumenta que la demandante, conforme al art. 217 LEC, estaba obligada a acreditar el vicio alegado y no lo ha hecho. Luego entiende que la documentación aportada, básicamente el contrato, es clara para conocer el producto contratado y que además consta de la conversación telefónica mantenida antes de la firma del contrato y la testifical del empleado del banco que intervino en la comercialización del producto, que el cliente fue informado del producto y sus riesgos. Y excluye que el defecto de información sobre la cancelación anticipada pueda fundar la nulidad del contrato por error vicio.

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

BBVA opone que el recurso de casación no debía haberse admitido porque pretende revisar los hechos probados y una nueva valoración de la prueba. Esta objeción, al no ser absoluta sino relativa, resulta conveniente analizarla al tiempo de resolver sobre la procedencia de los motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. *Formulación del motivo.* El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC).

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

2. *Desestimación del motivo.* Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (sentencias 333/2012, de 18 de mayo, y 472/2015, de 10 de septiembre).

La mención que se contiene al comienzo del fundamento jurídico cuarto, en el que se deja constancia de que corresponde a quien alega el error su acreditación conforme a las reglas de la carga de la prueba, no supone que en la práctica el tribunal hubiera acudido a estas reglas para declarar probado el cumplimiento de los deberes de información.



En el presente caso no ha existido ninguna vulneración de esas reglas legales, pues el tribunal de apelación no las aplicó, sino que, a la vista de la prueba practicada (sobre todo la conversación telefónica, grabada y transcrita, y la testifical de los empleados del banco), consideró acreditado que la demandante había sido informada del producto y prestó su consentimiento sin error.

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la «infracción de los artículos 78.1 y 79.1 de la Ley del Mercado de Valores (redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), artículos 14 y 15 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, junto con los apartados 1 y 3 del artículo 5 de su anexo, todos en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil. Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de la Sentencia del Pleno de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014».

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

2. Desestimación del motivo primero. El contrato de permuta financiera objeto de litigio se concertó el 12 de marzo de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

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].

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 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 (BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Casa Águilas, S.L.) que permitiera conocer no sólo las características del producto, sino también los riesgos concretos y el coste de la cancelación.

En relación con las características del producto (cómo operaba el swap ante las subidas o bajadas del Euribor) y sus riesgos, la Audiencia concluye que el banco suministró la información necesaria, a la vista de la prueba practicada, entre la que se encuentra la testifical de los empleados del banco y la grabación de la conversación telefónica.

A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica. Razón por la cual procede desestimar el motivo.

4. Formulación del motivo segundo. El motivo se funda en la «infracción del artículo 14 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el carácter esencial de la cláusula de cancelación anticipada».

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

5. Estimación del motivo segundo. Es cierto que en supuestos en que se había ofrecido la posibilidad de cancelación anticipada del swap, por ejemplo mediante la activación de ventanas de cancelación cada cierto tiempo, este Tribunal Supremo ha admitido que podría existir error vicio si no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer el coste de cancelación. Así lo razonábamos en la sentencia 491/2015, de 15 de septiembre:

«Cuando un contrato de las características del swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que



para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

«Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

Esta doctrina ha sido reiterada por sentencias posteriores, entre ellas sentencias 669/2015, de 25 de noviembre, y 90/2016, de 19 de febrero.

Estos precedentes se apoyan todos en la existencia de una cláusula contractual por la que se admitía la cancelación anticipada. Si el cliente adquiría un producto financiero con la posibilidad de que fuera cancelado antes de la terminación del contrato, resultaba lógico que fuera informado de los costes. Aunque en el momento inicial no podía determinarse, sí podía informarse de los riesgos que podrían derivarse de esos costes de cancelación.

En nuestro caso, objeta el banco recurrente que no había una cláusula que permitiera el vencimiento anticipado. Es cierto que, en términos generales, un contrato con duración determinada no tiene por qué ofrecer cómo elemento esencial del contrato la posibilidad de una resolución anticipada.

Pero la singularidad de este contrato, en el que se adquiere un producto financiero con un marcado carácter aleatorio, que ha de desenvolverse durante varios años, con el consiguiente riesgo de sufrir costes muy onerosos como consecuencia de la bajada drástica de tipos de interés, entendemos que debía informarse al inversor minorista con toda claridad de que no podía cancelarse anticipadamente si no era mediante el pago de una indemnización, con un coste muy elevado, que era el que derivaría de la resolución por incumplimiento.

De hecho consta acreditado que cuando el cliente se interesó por la cancelación anticipada, el banco le informó que le costaría 295.575 euros.

Si tenemos en cuenta que en muchos otros contratos de swap sí que existía la posibilidad de cancelación anticipada, consideramos que la ausencia de esta posibilidad y el coste que en última instancia podría derivarse de la cancelación por incumplimiento, en este caso era esencial para la contratación de este producto financiero complejo por un minorista.

Esta circunstancia que en este caso afecta a un elemento esencial del negocio, los riesgos de la cancelación anticipada, incide en la relevancia del error, que además es excusable, porque no informaba de ello el contrato, ni tampoco consta que lo hiciera el banco antes de la contratación, y está justificado que no pudiera imaginarse un coste tan oneroso.

En consecuencia, procede casar la sentencia de apelación, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por BBVA, con la consiguiente confirmación de la sentencia de primera instancia.

CUARTO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas del recurso (art. 398.1 LEC)
2. Estimado el recurso de casación, no imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).
3. Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas generadas por este recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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



1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Casa Águilas, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 8ª) de 27 de enero de 2014 (rollo 8793/2013), que conoció de la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla de 27 de febrero de 2013 (juicio ordinario 2226/2010). 2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Casa Águilas, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 8ª) de 27 de enero de 2014 (rollo 8793/2013). 3.º- Desestimar el recurso de apelación formulado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sevilla de 27 de febrero de 2013 (juicio ordinario 2226/2010), que cuya parte dispositiva confirmamos. 4.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a Casa Águilas, S.L. 5.º- No hacer expresa condena de las costas del recurso de casación. 6.º- Imponer las costas del recurso de apelación a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. 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 CENDO