

Roj: **STS 980/2017 - ECLI:ES:TS:2017:980**Id Cendoj: **28079110012017100179**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/03/2017**Nº de Recurso: **646/2014**Nº de Resolución: **173/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 2037/2013,**
STS 980/2017

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza. El recurso fue interpuesto por Gregorio , representado por el procurador Gonzalo Ruiz de Velasco. Es parte recurrida la entidad Caixabank S.A., que no se ha personado ante esta sala.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Isaac Giménez Navarro, en nombre y representación de Gregorio , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza, contra la entidad Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona S.A. (La Caixa), para que se dictase sentencia:

«por la que:

»Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera e intereses suscrito el día 12/02/2008 entre D. Gregorio y La Caixa por existencia de error en el consentimiento y/o dolo, con la consecuencia, de la recíproca devolución de las prestaciones efectuadas cuya suma en este momento asciende a la cantidad de 11.942,77 euros y que se determinará exactamente en ejecución de sentencia junto con los intereses legales de cada respectiva suma a partir de su correspondiente pago indebido y hasta su definitivo pago con expresa imposición de costas.

»Subsidiariamente a lo anterior, se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses suscrito el día 12/02/2008 entre D. Gregorio y La Caixa por la existencia de una multiplicidad de cláusulas abusivas, concretamente las cláusulas Exponendos I y II, cláusulas 12.a) (ii), 12.a) (iii), 12.b) (ii), 12.b) (iv), 12.a) (i), 12.b) (i), cláusula 7ª y Anexo 2 y cláusula 6ª, con la consecuencia, de la recíproca devolución de las prestaciones efectuadas cuya suma en este momento asciende a la cantidad de 11.942,77 euros junto con los intereses de cada respectiva suma a partir de su correspondiente pago indebido y hasta su definitivo pago y que se determinará exactamente en ejecución de sentencia y con expresa imposición de costas.

»Subsidiariamente a lo anterior, se declare la rescisión del contrato acaecido en fecha 23/10/2009, cuya suma en este momento asciende a la cantidad de 11.942,77 euros junto con los intereses legales de cada respectiva suma a partir de su correspondiente pago indebido y hasta su definitivo pago y que se determinará



exactamente en ejecución de sentencia y la nulidad de las cláusulas Exponendos I y II, cláusulas 12.a) (ii), 12.a) (iii), 12.b) (ii), 12.b) (iv), 12.a) (i), 12.b) (i), cláusula 7ª y Anexo 2 y cláusula 6ª, y con expresa imposición de costas.»

2. La procuradora Elsa Bodín Langarica, en representación de la entidad Caixabank S.A., contesto a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime en su totalidad la demanda instada de contrario, con expresa condena de la actora al pago de las costas de este procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 2 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando la demanda por Gregorio contra Caixabank S.A. (Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, La Caixa), debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses suscrito el 12 de Junio de 2008 entre las partes por existencia de error en el consentimiento con la consecuencia de la recíproca devolución de las prestaciones efectuadas cuya suma a favor del demandante asciende a la cantidad de 15.572,63 euros, a fecha Enero de 2012, y que se determinará exactamente en ejecución de sentencia con las nuevas liquidaciones generadas, más los intereses legales correspondientes. Procede la condena de la demandada al abono de las costas procesales causadas».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caixabank, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando el recurso de apelación formulado por Caixabank S.A. contra la sentencia de fecha 2 de septiembre de 2013 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Zaragoza en los autos de Juicio Ordinario número 797/2011, debemos revocar la misma, en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por D. Gregorio contra la entidad Caixabank S.A., absuelvo a la demandada de la acción ejercitada, con imposición de las costas de la instancia a la actora y sin especial imposición de las costas del recurso.

»Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir dada la íntegra desestimación del recurso».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Isaac Giménez Navarro, en representación de Gregorio, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del artículo 79 bis.8 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en relación con el artículo 2.2 de la misma Ley, en relación al artículo 1266 del Código Civil, y la jurisprudencia que lo desarrolla; concretamente en sentido favorable a la aplicación a los contratos de permuta financiera de intereses del artículo 79.bis 8 de la Ley de Mercado de Valores, se aporta a efectos de contraste la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 13 de febrero de 2013, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 22 de mayo de 2013 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 22 de mayo de 2013, solicitando que se fije como doctrina que el hecho de que un contrato de permuta financiera de intereses se encuentre vinculado a un préstamo hipotecario no exime, sin más análisis, a la entidad financiera de recabar y entregar al cliente la información que establece el artículo 79.bis de la Ley de Mercado de Valores.

2º) Infracción del artículo 5.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en relación con los artículos 7 y 9 de la misma Ley y del artículo 1.266 del Código civil y de la jurisprudencia que los desarrolla, concretamente por oposición o desconocimiento a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y el Auto de Aclaración de la misma, de 3 de junio de 2013, concretamente a la Doctrina sentada sobre los requisitos de transparencia que deben ser tenidos en cuenta ante condiciones generales de la contratación».

2. Por diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2014, la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, 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 Gregorio , representado por el procurador Gonzalo Ruiz de Velasco; y como parte recurrida la entidad Caixabank S.A., que no se ha personado ante esta sala.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gregorio , contra la Sentencia dictada en fecha 18 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 430/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 797/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Zaragoza.»

5. Dado traslado, no se presentó escrito de oposición al no estar personada la parte recurrida.

6. Se señaló para votación y fallo el día 15 de febrero de 2017, 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 día 12 de junio de 2008, Gregorio suscribió con La Caixa (ahora Caixabank) un contrato de permuta financiera de tipos de interés, para estabilizar el tipo de interés variable que se había pactado en el préstamo hipotecario que el Sr. Gregorio tenía contratado con La Caixa el 30 de junio de 2006. El contrato de swap comenzaba a producir efectos a partir del 1 de febrero de 2009.

El Sr. Gregorio , cuando comprobó el importe de los intereses que pagaba a pesar de que había bajado drásticamente el Euribor, formuló una reclamación al Servicio de Atención al Cliente del banco. La Caixa rechazó la petición de anulación del contrato e informó al cliente de que el coste de cancelación de ese producto a fecha 18 de diciembre de 2009 era de 14.325,32 euros.

2. El Sr. Gregorio formuló una demanda contra La Caixa donde pedía la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de 12 de junio de 2008 porque había sido prestado el consentimiento con error vicio. Argumentaba que se trataba de un producto financiero complejo, cuya comercialización estaba sujeta a unos especiales deberes de información, previstos en el art. 79 bis LMV, que habían sido incumplidos por el banco. Además de la declaración de nulidad, la demanda solicitaba la restitución de las prestaciones.

Junto con esta acción de nulidad, se ejercitó una acción de nulidad basada en el carácter abusivo de las cláusulas y otra de rescisión del contrato.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció error en el consentimiento, declaró la ineficacia de las partidas de cargo y ordenó la restitución recíproca de las contraprestaciones realizadas por las partes contractuales.

4. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido error vicio en el consentimiento prestado para la contratación del swap. Con carácter previo, la Audiencia argumenta que este contrato de swap, en la medida en que su finalidad «era servir de cobertura a los riesgos asumidos en un préstamo hipotecario con interés variable, no era propiamente un producto de inversión, sino un contrato vinculado a una operación de préstamo con la finalidad de cobertura». La Audiencia no niega expresamente que no esté sujeto a la normativa MiFID, sino que afirma que «puede dudarse de su sujeción a la normativa MiFID». Cuando luego analiza si ha existido error vicio, no hace referencia a los especiales deberes de información previstos en el art. 79bis LMV, y se centra en la escasa complejidad del producto y concluye de forma genérica lo siguiente:

«En definitiva, no existe el error en el consentimiento denunciado en la demanda, pues la información precontractual fue la exigida, sin que la actora haya acreditado el error que dice haber padecido».

Luego analiza el resto de las acciones de ineficacia ejercitadas y las desestima.

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en dos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. For *mulación del motivo primero*. El motivo se funda en «la infracción del artículo 79 bis.8 de la Ley 24/1988, de 23 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 2.2 de la misma ley, en relación al artículo 1266 del Código Civil, y la jurisprudencia que lo desarrolla». Para el recurrente, un contrato de permuta financiera de



intereses vinculado a un préstamo hipotecario no exime a la entidad financiera de recabar y entregar al cliente la información que establece el artículo 79 bis LMV.

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

2. Estimación del motivo. La acción ejercitada en la demanda de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a un contrato de permuta financiera de tipos de interés, concertado el 12 de junio de 2008, después 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 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 el hecho de que la contratación de la permuta financiera esté vinculada a un contrato de préstamo hipotecario, no pierde su condición de producto financiero complejo, a tenor del art. 79 bis.8 LMV, y por ello resultan exigibles los deberes de información contenidos en el reseñado art. 79bis.3 LMV.

Por ello, la entidad financiera demandada (Caixabank) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Sr. Gregorio) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia, a pesar de que no declara probado que hubiera habido una información precontractual suficiente sobre las características del producto y, sobre todo, sobre sus concretos riesgos, entiende que la información contenida en el contrato era suficiente para conocer las características del producto y, sobre todo, como operaba.

Frente a esta apreciación de la Audiencia, conviene recordar que, como hemos declarado en otras ocasiones, estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, y en el presente lo era, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril; 769/2014, de 12 de enero; y 489/2015, de 15 de septiembre). Además, no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino también de los concretos riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, como la habida a partir del 2009, de lo que no queda constancia que fuera informado el cliente.

4. La existencia de los reseñados especiales deberes de información y su incumplimiento tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, 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 la permuta financiera de tipos de interés contratada por la 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 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).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

7. La estimación del recurso de casación provoca que casemos la sentencia de apelación, cuya parte dispositiva dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por Caixabank y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

TERCERO. 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 Caixabank, 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 Gregorio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 18 de diciembre de 2013 (rollo núm. 430/2013), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir. **2.º**- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Caixabank, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza de 2 de septiembre de 2013 (juicio ordinario 797/2011), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 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