



Roj: **STS 1056/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1056**

Id Cendoj: **28079110012017100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/03/2017**

Nº de Recurso: **1363/2014**

Nº de Resolución: **199/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3550/2014,**  
**STS 1056/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 24 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell. El recurso fue interpuesto por la entidad Correduría de Seguros Rimada Laffite S.L., representada por el procurador Francisco Toll Musteros. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. El procurador Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de la entidad Correduría de Seguros Rimada Laffite S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell, contra la entidad Banco de Sabadell S.A., para que se dictase sentencia:

«estimando íntegramente, la presente demanda, y que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, de fecha 2 de marzo de 2005, y de los contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 10 de noviembre de 2006, novado o substituido por otro contrato de permuta financiera con compra de opción, de fecha 10 de octubre de 2009.

2.- Se condene a Banco de Sabadell SA a la devolución de 13.930,15€ más todas las cantidades que se pudieren devengar y pagar a ésta hasta la terminación de este procedimiento, más los intereses legales que correspondan desde la interposición de esta demanda y hasta su efectivo pago.

3.- Se condene a Banco de Sabadell SA al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia».

2. La procuradora Teresa Prat Ventura, en representación de la entidad Banco de Sabadell S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todas las pretensiones contra ella dirigidas, con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo: Que estimo íntegramente la demanda presentada por la Correduría de Seguros Rimada Laffite S.L. representada por el Procurador Sr. Toll Musteros y asistida por el Letrado Sr. Serrano Castells, contra el Banco de Sabadell, S.A. representado por la Procuradora Sra. Prat Ventura y asistido por el Letrado Sr. Segarra Borrachina, declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 2 de marzo de 2005, y la de los contratos de confirmación de permuta financiera de tipo de interés de fecha 10 de noviembre de 2006, novado con fecha 10 de octubre de 2009, debiendo asimismo condenar a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 13.930,15 euros junto con los intereses legales correspondientes.

Se condena en costas a la parte demandada».

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

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 1 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma con desestimación de la demanda y con imposición de las costas de instancia a la parte actora y sin hacer especial pronunciamiento de las costas de esta alzada».

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

1. El procurador Francisco Toll Musteros, en representación de la entidad Correduría de Seguros Rimada Laffite S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.<sup>a</sup>.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 y art. 1300 del Código Civil, en relación con los arts. 79 y 79 bis apartados 1, 2 y 3 de la Ley 27/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores; y los arts. 60.1 subapartados b, c y d; art. 60.5, subapartados b y d; 64.1 y 2 subapartado b y art. 66 apartado a. del Real Decreto 217/2008 de 28 de febrero ».

2. Por diligencia de ordenación de 19 de mayo de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.<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 Correduría de Seguros Rimada Laffite S.L., representada por el procurador Francisco Toll Musteros; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero.

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 Correduría de Seguros Rimada Laffite, S.L. contra la sentencia dictada con fecha 1 de abril de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 30/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1366/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Sabadell».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Sabadell 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 22 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, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida.

El 2 de marzo de 2005, Correduría de Seguros Rimada Laffite, S.L. (en adelante, Laffite) concertó con Banco Sabadell un contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

Laffite suscribió con Banco Sabadell dos pólizas de crédito: la primera, el 15 de octubre de 2006, por un importe de 15.000 euros; y la segunda, el 22 de diciembre de 2006, por un importe de 36.000 euros. La segunda póliza



se renovó en el año 2007, pero no en el 2008. Sin embargo, el 30 de diciembre de 2008, Laffite suscribió con el Banco Sabadell una póliza de préstamo, que debía devolverse en 36 meses, con un interés nominal fijo del 9%.

En octubre de 2006, Laffite formuló a Banco Sabadell una solicitud de contratación de producto derivado ("Permuta de tipos de interés fijo creciente convertible a variable"), cuya confirmación se firmó el 10 de noviembre de 2006. La duración del contrato iba del 15 de diciembre de 2006 al 15 de diciembre de 2009. El importe del nocional era 300.000 euros.

El 24 de febrero de 2009, se canceló anticipadamente el swap de 10 de noviembre de 2006, sin ningún coste de cancelación para Laffite, quien contrató un nuevo swap sobre un nocional de 300.000, que se iniciaba el 30 septiembre de 2009 y vencía el 28 septiembre 2012.

En febrero de 2009, con motivo de la entrada en vigor de la normativa MiFID, el Banco Sabadell realizó el test de idoneidad a Laffite, que, según refiere la Audiencia, deja constancia de que «el cliente tenía un perfil de riesgo equilibrado y podría contratar productos de riesgo medio» y que «tenía experiencia en este tipo de productos».

Del primer contrato de swap se derivaron liquidaciones positivas para el cliente por un total de 1.494,15 euros, mientras que las del segundo fueron negativas para el cliente, hasta un total de 13.910,15 euros, a la fecha de presentación de la demanda.

2. En su demanda, Laffite pidió la nulidad del CMOF de 2 de marzo de 2005 y los dos contratos de permuta financiera concertados con Banco Sabadell, el de 10 de noviembre de 2006 y el posterior que lo novó o sustituyó de 10 de octubre de 2009. También pedía la condena de Banco Sabadell a restituir las liquidaciones negativas que hasta la demanda ascendían a 13.910,15 euros, así como las que se pudieran devengar con posterioridad.

La nulidad solicitada se basaba en que Laffite prestó su consentimiento con error, consecuencia de la falta de información respecto del producto.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció el error en el consentimiento y declaró la nulidad de los contratos solicitada, junto con la restitución de las liquidaciones negativas cargadas al cliente.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso. Después de razonar sobre el alcance de los deberes de información que rigen en la comercialización de productos financieros complejos cuando el cliente es un inversor minorista, la sentencia recurrida analiza la prueba practicada y concluye que ha existido una información suficiente sobre el contenido del producto y que el cliente conocía el riesgo de liquidaciones negativas, sin que por ello hubiera habido error vicio.

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, sobre la base de un motivo único.

## **SEGUNDO.** *Recurso de casación*

1. *For mulación del motivo* . El motivo se funda en la «infracción de los artículos 1265 y 1266 y artículo 1300 del Código Civil , en relación con los arts. 79 y 79 bis apartados 1 , 2 y 3 de la Ley 27/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores ; y los artículos 60.1 subapartados b, c y d ; art. 60.5 subapartados b y d; 64.1 y 2 subapartado b y art. 68 apartado a, del Real Decreto 217/2008, de 28 de febrero ».

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

2. *Desestimación del motivo*. El CMOF (de 2 de marzo de 2005) y el primer contrato de permuta financiera (de 10 de noviembre de 2006) respecto del que se pedía la nulidad por error vicio fueron concertados antes de que entrara en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID. Cuando se concertó la segunda permuta financiera (el 10 de noviembre de 2006), ya estaba en vigor la normativa MiFID.

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.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta:

«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

»a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

»b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

»c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

»d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

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 (Banco Sabadell) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Laffite) que permitiera conocer las características del producto y sus riesgos.

**4.** La Audiencia concluye que la información suministrada cumplía con estas exigencias. El primer swap fue cancelado en noviembre de 2009, sin que hasta ese momento se hubiera devengado ninguna liquidación negativa. La sentencia recurrida declara probado que la demandante, al contratar el segundo swap que lo sustituyó, estando ya en vigor la normativa MiFID, era concedora no sólo de cómo funcionaba el producto, sino también del riesgo de liquidaciones negativas.

Al respecto, conviene otorgar relevancia al test de idoneidad, realizado en febrero de 2009, después de la entrada en vigor de la normativa MiFID, y antes de que se firmara el segundo swap.

La cumplimentación de este test, en la medida en que incluye el de conveniencia, presupone que el banco valoró los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar la información que, de conformidad con el apartado 7 del art. 79 bis LMV, debía proporcionársele en relación con el producto de que se trata.

Tal y como expusimos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7 LMV ( arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE ). Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que



implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

Como aclara el art. 73 RD 217/2008 , se trata de cerciorarse de que el cliente «tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado».

Y conforme al art. 74 RD 217/2008 :

«Esta información- relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo 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» ( art. 74 RD 217/2008 ).

La Audiencia afirma que en este caso fue realizado el test y como resultado del mismo constata que: el cliente tenía un perfil de riesgo equilibrado y podría contratar productos de riesgo medio y que «tenía experiencia en este tipo de productos».

Además, el test corrobora la apreciación realizada por la Audiencia de que el cliente tenía información suficiente sobre las características del producto y sus riesgos cuando fue contratado el segundo swap, que es el único que generó liquidaciones negativas.

Aunque esta valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados.

A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre 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 de casación.

#### **TERCERO. Costas**

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con 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 de casación interpuesto por Correduría de Seguros Rimada Laffite, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19ª) de 1 de abril de 2014 (rollo núm. 30/2013 ), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell de 18 de julio de 2012 (juicio ordinario 1366/2011). **2.º-** Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir. 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.