



Roj: **STS 863/2018 - ECLI:ES:TS:2018:863**

Id Cendoj: **28079110012018100137**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2018**

Nº de Recurso: **1707/2015**

Nº de Resolución: **149/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 149/2018

Fecha de sentencia: 15/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1707/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1707/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 149/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 15 de marzo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto al sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barakaldo. El recurso fue interpuesto por la entidad Industrias Lar, S.L., representada por el procurador Juan Carlos Estévez Fernández Novoa y bajo la dirección letrada de Pilar Lanza Puente. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (que sucede a la entidad Catalunya Banc, S.A.), representada por el procurador Armando García de la Calle y bajo la dirección letrada de Carlos García de la Calle.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de la entidad Industrias Lar, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barakaldo, contra la entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa, para que se dictase sentencia:

«por la que: - Se declare la nulidad del contrato de Collar activable con la demandada de fecha 18 de marzo de 2008, contrato marco de operaciones financieras, y de cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, así como la nulidad de las liquidaciones efectuadas derivadas del Collar, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada.

- Subsidiariamente que se declare la nulidad o subsidiariamente se anulen y en cualquier caso se dejen sin efecto las siguientes cláusulas:

Las relativas a los importes pagaderos fijos por el cliente, debiendo abonar en esos casos el cliente el mismo importe variable que el banco.

Las relativas a los costes y causas de cancelación anticipada del contrato, permitiendo y acordando, de admitirse esta pretensión, la cancelación o resolución anticipada de los contratos sin coste alguno para las partes.

- Que se impongan las costas a la parte contraria».

2. La procuradora María Teresa Lapresa Villandiego, en representación de la entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barakaldo dictó sentencia con fecha 7 de julio de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimar la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Basterreche Arcocha, en nombre y representación de Industrias Lar, S.L., frente la entidad Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa, y en su virtud, declaro la nulidad del contrato de Collar activable suscrito entre las partes en fecha 18 de marzo de 2008, contrato marco de operaciones financieras, y de cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, así como la nulidad de las liquidaciones efectuadas derivadas del Collar, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiese sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada, con imposición de 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 Catalunya Banc S.A. (antes Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa).

2. La resolución de este recurso correspondió la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia de 19 de abril de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Barakaldo en el juicio ordinario nº 1.181/10 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y desestimamos íntegramente la demanda promovida por Industrias Lar S.L. sobre la citada recurrente e imponemos a la actora las costas causadas en la primera instancia, sin condena singular sobre las derivadas del recurso.



»Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial el correspondiente mandamiento de devolución».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Paula Besterreche Arcocha, en representación de la entidad Industrias Lar, S.L., interpuso recurso de casación ante la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 1261 y 1262 del CC .

2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC .

3º) Infracción de los arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores , art. 64.1 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ».

2. Por diligencia de ordenación de 28 de mayo de 2015, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.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 la entidad Industrias Lar, S.L., representada por el procurador Juan Carlos Estévez Fernández Novoa; y como parte recurrida la entidad Catalunya Banc, S.A. (posteriormente sucedida por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.), representada por el procurador Armando García de la Calle.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de procesal de Industrias LAR, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 19 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 953/2011 , dimanante del juicio ordinario n.º 1181/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Barakaldo».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria 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 1 de marzo de 2018, 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.

Industrias Lar, S.L. había concertado con Caixa d'Estalvis de Catalunya una línea de crédito de 200.000 euros, el 18 de febrero de 2008, y otra de crédito en cuenta corriente de 100.000 euros, el 13 de marzo de 2008. Poco más tarde, el 18 de marzo de 2008, Industrial Lar, S.L. contrató con Caixa Catalunya un swap, en concreto un «collar con barrera activamente».

Con anterioridad, Industrias Lar, S.L. había suscrito con Banco Santander una permuta de tipos de interés (Swap bonificado reversible media), y más tarde volvería a concertar otro con esa entidad, el 28 de octubre de 2008.

Antes de que Industrias Lar, S.L. adquiriera de Caixa Catalunya el «collar con barrera activamente» de 18 de marzo de 2008, por los empleados de la entidad financiera, según declara probado la sentencia recurrida, «se dio al Sr. Juan Manuel , como administrador de Industrias Lar, S.L., toda clase de explicaciones sobre la naturaleza, objeto y razón de ser del mismo, entregándosele folletos informativos y previendo todos los escenarios posibles, tanto en supuestos de subida del Euribor (interesante para el cliente) como en el caso contrario».

2. En lo que ahora interesa, Industrias Lar, S.L. interpuso una demanda en la que pedía la nulidad del contrato «collar con barrera activamente» de 18 de marzo de 2008, y de las liquidaciones practicadas en cumplimiento de este contrato, con la preceptiva devolución de las prestaciones, por entender que se había concertado con error vicio en el consentimiento, derivado de un defecto de información sobre el producto financiero que se adquiriría.

3. La sentencia de primera instancia, después de analizar la prueba, concluyó que Industrias Lar no era un inversor profesional y que adquirió un producto financiero complejo, respecto del que desconocía cómo



operaba y los riesgos que entrañaba, sin que la entidad financiera le hubiera suministrado la preceptiva información previa. Por eso declaró la nulidad del contrato y acordó la restitución de prestaciones, junto con los intereses correspondientes.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixa Catalunya. La Audiencia estima el recurso y desestima la demanda. Lleva a cabo una valoración de la prueba distinta a la del juzgado de primera instancia y entiende que de la testifical de los empleados del banco y de la documentación aportada se desprende que, con anterioridad a la firma del contrato, el legal representante de Industrias Lar, S.L. fue informado sobre la naturaleza, objeto y razón de ser del producto, se le entregaron los folletos informativos y se le mostraron «todos los escenarios posibles, tanto en supuestos de subida del Euribor (interesante para el cliente) como en el caso contrario».

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

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *For mulación del motivo primero* . El motivo denuncia «la infracción por aplicación indebida de los arts. 1261 y 1262 del CC , en relación con el consentimiento como requisito esencial de los contratos (...). No existe consentimiento por parte de Industrias Lar, S.L. para suscribir el producto de inversión como se indica en la sentencia que se recurre, sino que el consentimiento prestado fue para un seguro o cobertura de protección al alza de los tipos de interés».

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

2. *Desestimación del motivo primero* . El motivo se apoya de una base fáctica contraria a lo declarado probado por la sentencia recurrida. La sentencia recurrida declara probado, no sólo por la valoración del contrato firmado, sino también de la testifical de los empleados del banco, que quien contrató por Industrias Lar fue informado de la naturaleza, objeto y razón de ser del producto que contrataba, y que se le mostraron todos los escenarios posibles, tanto los de subida del Euribor como los de bajada. Sobre la base de estos hechos declarados probados, no cabe fundar en casación la ausencia de consentimiento porque el recurrente hubiera prestado su consentimiento a la contratación de un seguro o de cobertura frente al alza de los tipos de interés. Sin perjuicio de que esta razón guarde más relación con el error vicio que con la ausencia de consentimiento, pues lo que en realidad se está denunciado, como reitera luego en el motivo segundo, es que el cliente pensaba que contrataba algo distinto de lo que ahora se declara que contrató.

3. *Formulación de los motivos segundo y tercero* . El *motivo segundo* denuncia «la vulneración de los arts. 1265 y 1266 CC , en relación con la nulidad del consentimiento prestado por error (...)».

En el desarrollo del motivo afirma que «entiende la sentencia recurrida que no existe error porque mi mandante es una mercantil avezada en instrumentos financieros y bancarios por haber suscrito permutas también con Banco Santander además de productos de financiación básicos como líneas de descuento o cuentas de crédito, que el contrato entregado es claro de entender y comprender y porque no reclamara cuando el producto le beneficiara, manteniendo que los empleados de la entidad financiera le informaron adecuadamente, algo totalmente contrario a lo previsto por la juzgadora de instancia y que se contradice no sólo con lo dictaminado por otra sección de la misma audiencia que declara la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos por mis mandante con Banco Santander, lo que desvirtúa por sí sólo todo lo relativo a la experiencia y conocimientos de la actora, sino con lo indicado por el propio Tribunal Supremo o la mayoría de la jurisprudencia menor de las diferentes Audiencias».

El motivo tercero denuncia «la vulneración de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores , art. 64.1 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , relativo a las empresas de inversión (...), en relación con la información que deben proporcionar las entidades financieras en relación a la suscripción de productos financieros a minoristas...».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

4. *Desestimación de los motivos segundo y tercero* . Como en otras ocasiones, hemos de enmarcar la cuestión controvertida en el contexto legal de los deberes de información existentes al tiempo de concertarse el swap y su incidencia en la apreciación del denunciado error vicio.

La acción de nulidad se refiere a la adquisición de un producto financiero complejo, un tipo de swap («collar con barrera activamente»), firmado el 18 de marzo de 2008, después de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, al introducir 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].

5. Al margen de algunas apreciaciones contenidas en la sentencia recurrida sobre la experiencia previa de Industrias Lar en la contratación de productos financieros y los conocimientos que se le presuponían, no se le niega la condición de minorista, que es el presupuesto para la aplicación de los reseñados deberes de información en la contratación de productos financieros complejos.

A los efectos de centrar bien la resolución de estos dos motivos (segundo y tercero) del recurso, conviene advertir que la razón de la desestimación de la pretensión radica no tanto en que fueran de aplicación los deberes de información de la normativa MiFID, como en que esta información fue satisfecha por los empleados del banco antes de la firma del contrato.

6. De este modo, en el marco de las reseñadas exigencias contenidas en la normativa MiFID, la entidad financiera demandada (Caixa Catalunya) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Industrias Lar, S.L.) que permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, sino también los riesgos concretos que generaba, en concreto las consecuencias de la bajada de los tipos de interés.

Y, como hemos advertido al resolver el motivo anterior, no podemos dejar de partir de los hechos que la Audiencia entiende acreditados: que el cliente recibió, con anterioridad a la firma del contrato, «toda clase de explicaciones sobre la naturaleza, objeto y razón de ser del mismo, entregándosele folletos informativos y previendo todos los escenarios posibles, tanto en supuestos de subida del Euribor (interesante para el cliente) como en el caso contrario».

El recurrente pretende contradecir esta valoración probatoria, sin que ello sea posible en casación, pues ha de partirse de lo acreditado en la instancia, y es sobre la base de estos hechos, que se puede tratar de fundar la infracción normativa.

Como dijimos en otra ocasión (sentencia 97/2018, de 26 de febrero), «aunque la 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, también en este caso es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sobre la ausencia de error vicio, 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 reseñados deberes de información y sobre su incidencia en el error vicio, razón por la cual se desestiman los motivos segundo y tercero 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 y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Industrias Lar, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 4ª) de 19 de abril de 2012 (rollo núm. 953/2011), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Barakaldo de 7 de julio de 2011 (juicio ordinario 1181/2010).

2.º- Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

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