



Roj: **STS 2686/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2686**

Id Cendoj: **28079110012018100434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **2432/2015**

Nº de Resolución: **444/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 688/2015,**
STS 2686/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 444/2018

Fecha de sentencia: 12/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2432/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2432/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 444/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2015, dictada en recurso de apelación 687/2014, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, dimanante de autos de juicio ordinario 826/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Pamplona; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Rosendo y Dña. Candelaria, representados en las instancias por el procurador D. Alberto Miramón Gomara, bajo la dirección letrada de D. Matías Miguel Laurenz, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la mercantil Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, bajo la dirección letrada de D. Ignacio López Arbide.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Rosendo y Dña. Candelaria, representados por el procurador D. Alberto Miramón Gomara y asistidos del letrado D. Matías Miguel Laurenz, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid) y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la cual:

»a) Se declare la nulidad de los contratos marco de compensación contractual para operaciones de derivados y de los contratos maxiprotección a medida núm. NUM000 y maxiprotección a medida núm. NUM001 suscritos por mis representados, todo ello con la recíproca restitución de las aportaciones a que hubiesen dado lugar los mismos y de aquellas a que puedan dar lugar en el futuro, con los intereses legales correspondientes desde la recepción de las mismas hasta su devolución.

»b) Subsidiariamente para el caso de no acogerse esta pretensión:

»Se declare el derecho de mis representados a cancelar anticipadamente los contratos maxiprotección a medida núm. NUM000 y maxiprotección a medida núm. NUM001 con fecha 18 de diciembre de 2012 sin coste alguno para mis representados decretándose.

»1) La no incorporación al contrato suscrito entre las partes de la cláusula cuarta del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados relativa a la cancelación anticipada en cuanto señala:

»"...en cuyo caso la cantidad a pagar por la caja o por el cliente como consecuencia de la cancelación anticipada del mismo será la que determine la Caja de forma objetiva de acuerdo y en iguales términos que lo establecido más adelante en la estipulación sexta para los efectos de la resolución anticipada del contrato".

»Y la no incorporación al contrato de la cláusula sexta del contrato marco de compensación contractual para operaciones de derivados en lo relativo al coste de la cancelación anticipada.

»2) Subsidiariamente se declare la nulidad de dichas cláusulas en los términos solicitados en el apartado anterior.

»c) Subsidiariamente para el caso de no acogerse las pretensiones a y b, se condene a la demandada a devolver a mis representados las cantidades de 1.448,29.-? y 838,87.-? a cada uno de ellos, abonadas durante el primer año dada la falta de causa al no haber riesgo alguno que cubrir.

»d) Se condene a la demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

»Al pago de las costas procesales».

2.- La entidad bancaria Bankia S.A. se persona en calidad de demandado, representada por el procurador D. Carlos Hermida Santos y bajo la dirección letrada de Dña. María Asunción Lluch Gayán, y contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación; y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente la demanda presentada por D. Rosendo y Dña. Candelaria, frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, hoy Bankia, con expresa imposición de costas a los actores».



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Pamplona se dictó sentencia, con fecha 27 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Sarasa, en nombre y representación de Rosendo y Candelaria , frente a la mercantil Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; (ahora Bankia, S.A.), en el sentido de declarar la nulidad tanto de los contratos marco de compensación contractual para operaciones de derivados y de los contratos maxiprotección a medida n.º NUM000 y NUM001 de fecha 18 de diciembre de 2.006, como de las confirmaciones de operaciones de derivados de fecha 18 de diciembre de 2.006, suscritos por los litigantes, todo ello con las recíprocas restituciones de las aportaciones a que hubiesen dado lugar los mismos y de aquellas a que puedan dar lugar en el futuro durante la tramitación del presente litigio y que ascienden hasta el momento de celebrarse la vista pública a 25.589,30 euros y 44.179,42 euros, respectivamente abonados de más por cada uno de los demandantes, así como los intereses legales correspondientes, desde la recepción de las mismas hasta su devolución. Se condena a la parte demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y al abono de las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia, con fecha 13 de marzo del 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: La Sala acuerda estimar en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona , en el juicio ordinario 826/2013 la cual se deja sin efecto, y, en su lugar, se estima en parte la demanda, y en su virtud:

»-Se declara el derecho de los actores a cancelar anticipadamente, sin coste alguno, el contrato maxiprotección a medida desde la fecha de presentación de la demanda, con restitución de las cantidades correspondientes.

»-Se condena a la demandada a pagar a los actores 1.448,29.-? y 838,87.-? respectivamente.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las instancias».

Y mediante auto de fecha 26 de mayo del 2015 se acordó no haber lugar a la aclaración, complemento ni rectificación de la sentencia solicitada por la representación de los demandantes.

TERCERO.- 1.- Por D. Rosendo y Dña. Candelaria se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que el contrato de permuta financiera se les ofreció a los demandantes como un seguro «para cubrirse del riesgo del tipo de interés, protegiéndose de una variación en el índice de referencia de sus financiaciones», tal y como se demuestra con la prueba obrante en autos.

Motivo segundo.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que se alegó en el escrito de demanda que la nulidad del coste de cancelación afecta a un elemento esencial del contrato.

Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 316 , 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio al contradecir las valoraciones del tribunal de apelación frontalmente lo manifestado en el acto de juicio y sobre todo la documental obrante en autos.

Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio, al no considerar que la carga de la prueba sobre la información que se debe suministrar recae sobre la parte demandada y no tenerlo en consideración en su sentencia de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5, así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio. La sala no ha valorado correctamente la preparación académica y profesional de los demandantes como para haber detectado el error al que se le estaba induciendo por parte de la entidad financiera con la información verbal y los documentos que le fueron facilitados.



Motivo sexto.- Al amparo del art. 217.7 por cuanto entendemos que la sentencia recurrida vulnera el principio de distribución de la carga de la prueba teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad de las mismas.

El recurso de casación se basa en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por mi representado para la suscripción del contrato de permuta financiera fundamentalmente para la inexistente, defectuosa y tergiversada información suministrada por la entidad financiera y entender que con la mera información suministrada en el contrato marco y la confirmación se cumplimenta dicho deber.

Motivo segundo.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por los demandantes para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de abril de 2018 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Francisco José Abajo Abril, en nombre y representación de Bankia S.A., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 3 de Julio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

1.- La demanda se interpone por dos particulares contra el banco.

Se solicitó:

- Como acción principal, la nulidad de un contrato marco y dos confirmaciones de permuta financiera (swap).

- Con carácter subsidiario se solicitó la declaración del derecho de los demandantes a la cancelación anticipada de los contratos sin coste alguno declarándose la no incorporación al contrato de las cláusulas cuarta y sexta sobre cancelación anticipada y coste de la misma, y subsidiariamente, se solicitó la nulidad de dichas cláusulas.

- Y, subsidiariamente la devolución de las cantidades satisfechas durante el primer año de vigencia por falta de causa.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda acogiendo su pretensión principal y declarando la nulidad de los contratos.

3.- La sentencia de segunda instancia estimó en parte el recurso de apelación del banco.

En esta sentencia se desestimó la pretensión principal de la demanda sobre nulidad por error vicio, pero se declaró el derecho de los demandantes a la cancelación sin coste desde la fecha de presentación de la demanda y a la devolución de las cantidades satisfechas durante el primer año de vigencia.

4.- Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes y desarrollado en seis motivos.

5.- Recurso de casación interpuesto por los demandantes con contenido expuesto en dos motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que el contrato de permuta financiera se les ofreció a los demandantes como un seguro «para cubrirse del riesgo del tipo



de interés, protegiéndose de una variación en el índice de referencia de sus financiaciones», tal y como se demuestra con la prueba obrante en autos.

Se desestima el motivo, pues el análisis de si estamos ante un seguro o un contrato marco de operaciones financieras es una cuestión jurídica que ha tenido respuesta en la sentencia, si bien no del agrado del recurrente (art. 218.1 LEC), por lo que no concurre incongruencia.

TERCERO .- *Motivo segundo.*

Motivo segundo.- Por infracción del art. 218.1 LEC , por incongruencia y del art. 218.2 del mismo texto legal , por falta de motivación al no resolver ni fundar adecuadamente la sentencia sobre el hecho de que se alegó en el escrito de demanda que la nulidad del coste de cancelación afecta a un elemento esencial del contrato.

Se desestima el motivo.

Debe desestimarse el motivo, dado que la Audiencia Provincial da relevancia al coste de la cancelación anticipada hasta el punto de que acuerda la cancelación sin coste para el demandante, si bien no le da trascendencia anulatoria del resto del contrato (art. 218.1 y 2 LEC).

CUARTO .- *Motivo tercero.*

Motivo tercero.- Por infracción de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 316 , 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio al contradecir las valoraciones del tribunal de apelación frontalmente lo manifestado en el acto de juicio y sobre todo la documental obrante en autos.

Se desestima el motivo.

No concurre error notorio en la valoración de la prueba, sino discordancia en las consecuencias jurídicas de los hechos declarados probados (arts. 217 y 218 de la LEC y art. 24 de la Constitución).

QUINTO .- *Motivos cuarto y sexto.*

Motivo cuarto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio, al no considerar que la carga de la prueba sobre la información que se debe suministrar recae sobre la parte demandada y no tenerlo en consideración en su sentencia de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5, así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

Motivo sexto.- Al amparo del art. 217.7 por cuanto entendemos que la sentencia recurrida vulnera el principio de distribución de la carga de la prueba teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad de las mismas.

Se desestiman los dos motivos.

No se viola la carga de la prueba en la sentencia recurrida, dado que se declara que se facilitó al demandante información suficiente, pero otra cuestión es si la información ofrecida se ajusta a lo normativamente establecido, lo que tendrá respuesta en sede de casación (arts. 217 , 218.2 , 326 y 376 LEC).

SEXTO .- *Motivo quinto.*

Motivo quinto.- Al amparo de los arts. 217 y 218.2 LEC en relación con los arts. 326 y 376 del mismo texto legal , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la sala, valoración que resulta totalmente arbitraria e injustificada, con error notorio. La sala no ha valorado correctamente la preparación académica y profesional de los demandantes como para haber detectado el error al que se le estaba induciendo por parte de la entidad financiera con la información verbal y los documentos que le fueron facilitados.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente que se analicen en este motivo cuestiones propias del error en el consentimiento, tal y como la condición de inversor profesional, nivel de la información y naturaleza del contrato, lo que solo puede tener una respuesta adecuada al resolver el recurso de casación, al tratarse de cuestiones de trascendencia normativa de carácter sustantivo y no de mero valor probatorio (art. 217.7 LEC).

SÉPTIMO .- *Hechos no controvertidos.*

No se plantea controversia alguna entre las partes, en relación a que los actores, suscribieron el 18 de diciembre de 2006, con Caja Madrid los préstamos núm. 10.069.753/52 y núm. 10.069.772793, por importe de 445.000



euros el primero y 257.750 euros, el segundo, para la adquisición del mismo año de una instalación fotovoltaica o de aprovechamiento de energía solar (docs. 1 y 2 de demanda).

En los mencionados contratos de préstamo, se estableció un plazo de amortización de 120 meses. También se pactó que el tipo de interés anual aplicable sería del 3,75%, mientras que en los ejercicios restantes se revisaría semestralmente, en función de las variaciones del euribor a tres meses, más un diferencial de 0,25 puntos.

Precisamente para protegerse de las fluctuaciones del tipo de interés aplicable a este préstamo, las partes hoy litigantes, suscribieron el mismo día 18 de diciembre de 2006, los contratos marco de compensación contractual para operaciones de derivados, con sus respectivas confirmaciones (docs. 3 a 6 de demanda). Dichos contratos también se denominan contratos de maxiprotección a medida. La parte demandada expone que los demandantes contrataron ese producto con la finalidad de estabilizar sus costes financieros eliminando el riesgo de tipos de interés, pues dichos contratos de permuta financiera tienen como finalidad proteger al cliente ante los cambios de los tipos de interés, evitar incertidumbres y realizar una gestión eficiente de los riesgos financieros.

Recurso de casación.

OCTAVO .- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por mi representado para la suscripción del contrato de permuta financiera fundamentalmente para la inexistente, defectuosa y tergiversada información suministrada por la entidad financiera y entender que con la mera información suministrada en el contrato marco y la confirmación se cumplimenta dicho deber.

2.- Motivo segundo.- Por infracción de los arts. 1265 y 1266 del CC , en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en el que se establecía el código general de conducta de los mercados de valores contenido en su anexo y especialmente en el art. 5 así como en el art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores al no considerarse que haya existido un error en el consentimiento prestado por los demandantes para la suscripción del contrato de permuta financiera y que de haber existido el mismo no hubiera sido excusable.

NOVENO .- *Decisión de la sala.*

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

De la redacción de las cláusulas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.

Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección al empresario pues la disyuntiva no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

DÉCIMO .- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, 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.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del texto refundido de dicha ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.



3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

UNDÉCIMO .- *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 385/2014, 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 ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

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 de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 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 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 euribor 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 1.ª, 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 el banco 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, lo 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, (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

DUODÉCIMO .- En la sentencia recurrida se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada dado que:

1.- No se valora adecuadamente el nivel de información ofrecida al cliente.

2.- Su experiencia no pasaba de depósitos y fondos de inversión.

3.- La profesión del demandante es encofrador, pese a que sea administrador de una empresa de construcción constituida como sociedad limitada.

4.- Que el préstamo fuese destinado a una instalación fotovoltaica, con venta de la energía producida, no supone la gestión de un proyecto cuya envergadura permita suponer que estamos ante un gestor que conoce los productos financieros complejos (Sentencia nº 362/2017 de 8 de junio).

5.- No se ofreció a los demandantes información objetiva suficiente.

DECIMOTERCERO .- En base a lo declarado procede estimar el recurso de casación, anular parcialmente la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Pamplona , procedimiento ordinario 826/2013.

DECIMOCUARTO .- Costas.

No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se mantiene la imposición a la demandada de las costas de la primera instancia, y con expreso pronunciamiento en las de apelación al Banco.

FALLO

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



1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Rosendo y Dña. Candelaria contra sentencia de 13 de marzo de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 687/2014, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra .

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, confirmamos íntegramente la sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona , procedimiento ordinario 826/2013.

3.º- No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir.

4.º- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

5.º- Se mantiene la imposición a la demandada de las costas de la primera instancia y con expreso pronunciamiento en las de apelación al Banco.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ