



Roj: **STS 3339/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3339**

Id Cendoj: **28079110012018100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **433/2016**

Nº de Resolución: **546/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 546/2018

Fecha de sentencia: 03/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 433/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2018

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

Procedencia: Audiencia provincial de Zamora, Sección 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 433/2016

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 546/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

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 3 de octubre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2015, dictada en recurso de apelación 283/2015, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dimanante de autos de juicio ordinario 852/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Zaragoza; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Azucena , representada en las instancias por la procuradora Dña. Laura Ascensión Sánchez Tenías, bajo la dirección letrada de D. Alberto Sanjuan Bermejo, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Argimiro Vázquez Senín en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Motero Reiter, bajo la dirección letrada de D. Luis Jiménez-Asenjo Sotomayor.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Azucena , representada por la procuradora Dña. Laura Sánchez Tenías y bajo la dirección del letrado D. Alejandro Navarro Martínez, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que a) se declare la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del contrato de cobertura de tipos de interés firmado en fecha 25 de julio de 2008, y la devolución de las cantidades abonadas por importe de diez mil setecientos cincuenta y ocho euros con setenta céntimos (10.758,70.- euros) con los intereses legales desde la reclamación efectuada y costas procesales.

»b) subsidiariamente, se estime la acción de daños y perjuicios, con derechos de la actora al percibo de la cantidad de diez mil setecientos cincuenta y ocho euros con setenta céntimos (10.758,70.- euros) con los intereses legales desde la reclamación efectuada y costas procesales».

2.- La entidad bancaria demandada Caixabank S.A., representada por la procuradora Dña. Elsa Bodín Langarica y bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Giménez-Salinas Framis y D. Luis Jiménez Asenjo Sotomayor, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la actora».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Zaragoza se dictó sentencia, con fecha 18 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando íntegramente la demanda debo declarar nulo por vicio del consentimiento, el contrato de permuta financiera de 11 de septiembre de 2008, condenando a la entidad demandada a restituir a la demandante la cantidad de 10.758,70 euros y abonar el interés legal desde la fecha de la reclamación judicial».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia, con fecha 18 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando el recurso de apelación formulado por Caixabank S.A. contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2015 dictada por el Ilmo. Sr. magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza en los autos de juicio ordinario núm. 852/2014, debemos revocar la resolución recurrida, desestimando la demanda entablada por la actora, absolviendo a la demandada de la totalidad de las acciones ejercitadas con imposición de las costas de la instancia al actor, y sin especial declaración sobre las costas del recurso.

»Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir dada la íntegra estimación del recurso».

Con voto particular, en la misma sentencia, cuya parte dispositiva dice:

«...la parte dispositiva debería decir: Fallo. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de Caixabank debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante. Dése al depósito el destino legal».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Azucena se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- En base a lo dispuesto en el art. 481 de la LEC , por infracción de la aplicación indebida de los arts. 1265 y 1266 del CC , y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error en el consentimiento en los productos financieros.



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

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de Caixabank S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Antecedentes* .

1.- La demanda.

- Se interpuso por persona particular frente al banco (Caixabank, S.A.).

- Sobre nulidad por error vicio de un contrato de swap suscrito el 30 de septiembre de 2008.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

3.- En la sentencia de segunda instancia se estimó el recurso de apelación del banco demandado y se desestimó la demanda.

La sentencia no llega a constatar el alcance de la información dada al cliente, solo constata que hubo dos reuniones previas a la firma, que la demandante fue informada de que el interés de la operación pasaba de variable a fijo durante tres años, y admite la sentencia que la demandante pudiera no haber valorado perfectamente la relevancia de la cancelación y su mayor o menor coste pero que su intención era estabilizar el tipo de interés durante tres años, que es lo que se hizo con el producto; también tiene en cuenta que la persona que suscribió el contrato, aunque ha manifestado que no entendía el contrato y que no tenía formación, había realizado otras operaciones financieras (póliza de contragarantía de línea de avales, un leasing y una póliza de interés variable). Se formuló voto particular.

4.- Recurso de casación.

Se interpone por el demandante en interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Los temas que plantea se refieren:

- Al perfil del cliente, con alusión a la relevancia del desconocimiento de las consecuencias de la cancelación.

- A la insuficiencia del contenido del contrato.

SEGUNDO. - *Motivo único*.

Motivo único.- En base a lo dispuesto en el art. 481 de la LEC, por infracción de la aplicación indebida de los arts. 1265 y 1266 del CC, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error en el consentimiento en los productos financieros.

TERCERO. - *Hechos acreditados* .

1.- Se trata de un cliente minorista.

2.- Pese a que fue el banco el que ofertó el producto, no hubo test de idoneidad, aunque sí de conveniencia.

3.- No tenía experiencia en productos complejos o derivados financieros.

4.- El demandante es graduado social.

5.- No hubo información precontractual escrita.

6.- Se admite en la sentencia recurrida que la demandante pudiera no haber valorado perfectamente la relevancia de la cancelación y su mayor o menor coste.

CUARTO. - *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores 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. Las dos primeras, junto con



el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período 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; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

QUINTO.- *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 de 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 ; 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 del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial ni siquiera llega a afirmar que se ofreciera información al cliente, sino que únicamente presume que, como se trata de una persona con cierta relevancia en el tráfico mercantil, debería tener conocimientos financieros suficientes para entender el producto. Además, supone que el cliente conocía el mecanismo contractual, pero como no consta que en ese caso sí fuera debidamente informado, no puede hacerse tal suposición.

En todo caso, lo más significativo es que no se da como probado que el cliente fuera debidamente informado y advertido, expresa y suficientemente, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas,



ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas del euríbor.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. 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 núm. 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 -activa y no de mera disponibilidad- 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.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor 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 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». 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 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, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander contra la sentencia de primera instancia de 18 de marzo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza (procedimiento ordinario 852/2014), que se confirma.

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

No procede pronunciamiento sobre costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.



Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia a la demandada.

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 Dña. Azucena contra sentencia de 18 de noviembre de 2015 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza (apelación 263/2015).

2.º- Se casa y anula la sentencia recurrida, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander contra la sentencia de primera instancia de 18 de marzo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza (procedimiento ordinario 852/2014), que se confirma.

3.º- No procede pronunciamiento sobre costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

4.º- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

5.º- Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia a la demandada.

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.