



Roj: **STS 3907/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3907**

Id Cendoj: **28079110012018100637**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/11/2018**

Nº de Recurso: **1385/2016**

Nº de Resolución: **664/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 38/2016,**  
**STS 3907/2018,**  
**AATS 549/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 664/2018**

Fecha de sentencia: 22/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1385/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1385/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 664/2018**

Excmos. Sres. y Excma. 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 22 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de enero de 2016, por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el recurso de apelación n.º 118/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 379/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tarragona.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de la entidad Aguas Industriales de Tarragona, S.A.

Ha comparecido como parte recurrida, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Catalunya Banc, S.A.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador don José Farre Lerin, en nombre y representación de Aguas Industriales de Tarragona, formuló demanda contra Catalunya Banc, S.A., suplicando al Juzgado:

"1.- Se declare la nulidad del contrato collar, de cobertura de riesgo de incremento de tipo de interés, por haber existido en su formación vicios de nulidad en el consentimiento prestado.

"2.- La anulación de las partidas de cargo y abono con restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que han sido objeto de los mismos contenidas en el documento n.º 3, y que a fecha de la presentación de la demanda que ascienden a la suma de 631.743,8 €; más las liquidaciones que se practiquen hasta la fecha de sentencia.

"3.- Más el interés legal desde la fecha de las liquidaciones.

"4.- Así como al pago de las costas del procedimiento."

2.- El Juzgado dictó decreto el 2 de abril de 2014, admitiendo a trámite la demanda y dando traslado a las partes para contestar.

3.- Por auto de 20 de mayo de 2014, se inadmitió el escrito de contestación a la demanda presentado por la procuradora doña M.ª Antonia Ferrer Martínez, en nombre de Catalunya Banc, S.A. por considerar que había sido presentado fuera de plazo. Por diligencia de la misma fecha, se convocó a las partes a la audiencia previa, compareciendo debidamente asistidas y representadas, en la que, tras el intento de llevarlas a un acuerdo, se convocó a las partes a la vista.

4.- El Juzgado dictó sentencia el 1 de diciembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Aguas Industriales de Tarragona, S.A. contra Catalunya Banc, S.A., y en consecuencia:

"1.- Declaro la nulidad del contrato collar, de cobertura de riesgo de incremento de tipo de interés, suscrito por las partes el 31 de julio de 2008.

"2.- Acuerdo la anulación de las partidas de cargo y abono con restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que han sido objeto de los mismos contenidas en el documento n.º 3 que acompaña a la demanda, y que a fecha de su presentación ascienden a 631.743,8 €; más las liquidaciones que se practiquen hasta la fecha de esta sentencia, cantidades que se incrementarán con el interés legal a contar desde la fecha de las liquidaciones.

"3.- Condono a la parte demandada al pago de las costas del procedimiento."

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

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Catalunya Banc S.A, correspondiendo dictar sentencia a la sección n.º 4 de la Audiencia Provincial de Tarragona que dictó sentencia el 12 de enero de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tarragona en los autos de Juicio Ordinario n.º 379/14, revocándola y acordando en su lugar desestimar la demanda por AITASA absolviéndole de las pretensiones contra ellas deducidas. No se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias."

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de Aguas Industriales de Tarragona, S.A, con base en los siguientes motivos:

Motivo primero. Se formula por infracción legal del artículo 78 bis, apartado 1, 2, 3 y 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.

Motivo segundo. Se formula por infracción legal del artículo 79 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio del mercado de valores.

Motivo tercero. Se formula por errónea aplicación del artículo 79 bis apartado 6 y 7 de la LMV, en referencia a las obligaciones de información de las entidades bancarias, en concreto, cuando las mismas prestan servicios distintos a los de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras.

2.- La sala dictó auto el 11 de julio de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Aguas Industriales de Tarragona, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de enero de 2016, por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el recurso de apelación n.º 118/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 379/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tarragona.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Catalunya Banc, S.A, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 7 de noviembre de 2018 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La mercantil Aguas Industriales de Tarragona, S.A. interesó la nulidad de un contrato de cobertura de riesgo de tipos de interés Collar con la finalidad de dar cobertura a los riesgos derivados de un incremento del euribor interbancario a tres meses por un periodo de cuarenta trimestres a contar desde el 1 de febrero de 2010.

2.- La actora, en adelante Aitasa, con la finalidad de construir y explotar un emisario submarino que debía dar servicio a diferentes empresas ubicada en el sector petroquímico que opera en el Camp de Tarragona, por encargo de la Asociación Empresarial Química de Tarragona, acudió a la entidad Caixa Tarragona, (posteriormente y tras un proceso de reestructuración bancaria Catalunya Banc, S.A.) para obtener la concesión de un préstamo por un importe de 5.350.000 Euros, que finalmente se concretó en un préstamo sindicado, donde participaron las entidades Institut Catala de Finances, Caixa de Sabadel y Caixa Tarragona, y que se suscribió ante Notario el día 1 de agosto de 2008 y donde la demandada asumió el papel de banco agente del préstamo.

En dicho préstamo, y junto a otras disposiciones, se estableció la obligación de constituir dos garantías prendarias, una sobre determinados derechos de crédito de Aitasa respecto de terceros y otra respecto de los créditos que a favor de la actora resultaren por la formalización de un contrato de cobertura de riesgo de incremento de tipos de interés, prendas que se constituían en favor de las tres entidades financieras que participaban en la sindicación, y que se suscribieron con Caixa Tarragona como banco agente y a su vez como acreedor solidario del préstamo.

Por parte de Caixa Tarragona no se proporcionó información precontractual ni se calificó al cliente según determina la normativa sectorial vigente en aquél momento.



**3.-** La sentencia de primera instancia estimó la pretensión por entender que en la celebración de dicho contrato existió error en el consentimiento prestado por la demandante.

En concreto declaró que: "hay que concluir diciendo que la información prestada por la demandada, o más bien la falta de ella, conllevó a que Caixa Tarragona incumpliera sus obligaciones legales y la normativa específica que la regula el producto lo que provocó que la actora prestase un consentimiento viciado. Este vicio del consentimiento es el error que recayó sobre el objeto del contrato y fue de tal entidad que provocó en Aitasa una idea equivocada del producto que contrataba y que, de haber tenido toda la información exigible, no la habría contratado. Por tanto, el incumplimiento de estos deberes por la demandada generó un error en la actora, viciando su consentimiento, y contratando un producto sin conocer los verdaderos riesgos que asumía."

**4.-** La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección primera de la audiencia Provincial de Tarragona, que dictó sentencia el 12 de enero de 2016 por la que estimó el recurso y, por ende, revocó la sentencia de primera instancia con desestimación de la demanda.

**5.-** La Audiencia, a pesar de reconocer que el producto contratado es complejo, alude a una serie de circunstancias que sustentan que la demandante no sufrió error, y que en síntesis son las siguientes:

(i) No puede alegar error dado su carácter mercantil y la obligación que tienen sus administradores de gestionar la empresa con la diligencia de un ordenado comerciante

(ii) Tampoco se infiere el error en atención a las dimensiones económicas de la empresa, como se deduce de su contabilidad; de lo que se colige que la empresa estaba o debía estar familiarizada con los productos bancarios.

(iii) En tercer lugar por la vinculación, ya desde un inicio de la concesión de un préstamo sindicado, por un importe considerable (5.350.000 euros), que se supeditaba a la constitución de dos garantías prendarias, una sobre créditos de la sociedad prestataria frente terceros y de otra parte la de los saldos positivos que pudiera generar el Collar contratado, de lo que cabe deducir que las expectativas que se tenían por parte de las entidades bancarias eran que este contrato generase un saldo positivo, que pudiera servir como garantía del pago del préstamo.

(iv) La contratación no fue el resultado de un asesoramiento que indujera a la demandante a firmarlo, sino una imposición accesoria en el avance de un contrato de mayor complejidad negociado ampliamente.

**6.-** La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del artículo 477. 1.º y 2.º de la LEC, que articuló en tres motivos en los términos que más adelante se expondrán.

**7.-** La parte recurrida, tras la admisión del recurso por la sala en auto de 11 de julio de 2018, formuló escrito de oposición a él, si bien alegó previamente óbices del procedibilidad.

**SEGUNDO.-** Enunciado y desarrollo de los motivos del recurso de casación:

**1.- Motivo primero.**

Se formula por infracción legal del artículo 78 bis, apartado 1, 2, 3 y 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores.

La mercantil de AITASA, así como sus dimensiones económicas, no pueden presuponer su carácter de experta, ni exime al banco del deber de información, sobre todo si dicha empresa no cumple las condiciones que prevé la propia LMV para considerar a un cliente como profesional, porque con arreglo a dicha ley ésta es minorista.

Cita en apoyo del motivo la SST Pleno de 20 de enero de 2014, de 22 de octubre de 2015 y la de 13 de noviembre de 2015.

**2.- Motivo segundo.**

Se formula por infracción legal del artículo 79 *quáter* de la Ley 24/1988, de 28 de julio del mercado de valores.

Las obligaciones de información y registro previstas en el art. 79 bis y ter LMV serán de aplicación incluso a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros y, por ende, yerra la sentencia de la audiencia al considerar que, como el producto derivado "collar" era una simple imposición accesoria, no debía la entidad bancaria presentar el producto como conveniente.

Cita en apoyo del motivo las sentencias de 13 de noviembre de 2015 y 27 de enero de 2016.

**3.- Motivo tercero.**



Se formula por errónea aplicación del artículo 79 bis apartado 6 y 7 de la LMV, en referencia a las obligaciones de información de las entidades bancarias, en concreto, cuando las mismas prestan servicios distintos a los de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras.

No se efectuaron los test y no hubo información, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hubo error.

Cita en apoyo del motivo la sentencia de pleno de 20 de enero de 2014 y la sentencia de 13 de noviembre de 2015.

#### **TERCERO.- Admisibilidad.**

Se alega por la parte recurrida, en esencia, para fundar la inadmisibilidad del recurso, que en éste se altera la base fáctica de la sentencia recurrida.

Tiene declarado esta sala que la afirmación de que ha existido información adecuada, realizada por la sentencia de instancia, engloba no solamente un aspecto fáctico inatacable en casación (en qué términos se produjo el suministro de información por el banco al cliente) sino también una valoración jurídica (que la información facilitada se ajustó a las exigencias legales), que si es susceptible de ser impugnada en el recurso de casación.

Es este segundo aspecto el que se plantea con el recurso y, de ahí su admisibilidad.

La sentencia 11/2017 de 13 de enero, afirma que "entra en el ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable. Por tanto, no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de información y la capacidad de los demandantes (de su representante) para entenderla en tanto que empresario de cierta importancia. La valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del representante de los demandantes para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación".

#### **CUARTO.- Decisión de la sala sobre el recurso de casación.**

En atención a que las cuestiones que se plantean en los tres motivos del recurso se encuentran estrechamente entrelazadas, pues giran alrededor de los deberes de información de la entidad demandada en relación con las circunstancias de la empresa actora, perfil de ella y condiciones en que se prestó la información, vamos a enjuiciar conjuntamente todos los motivos por autorizarlo la doctrina de la sala.

Sobre el carácter de producto complejo del objeto del contrato litigioso, no existe debate por reconocer esa calificación la sentencia recurrida.

#### **QUINTO.- Normativa aplicable a 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).

Tales obligaciones de información eran predicables también de la normativa MIFI ( sentencia 24/2017, de 18 de enero).

Esta sentencia declara que no solo es exigible la obligación de informar cuando se trata de productos meramente especulativos, fruto de asesoramiento, sino también si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso aquí enjuiciado ( sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Si en la normativa pre MIFID existía la citada obligación de informar en productos ligados a una previa operación financiera, con más sentido en la normativa MIFID que, como se ha dicho, viene a acentuar la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

**SEXTO.-** *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.

3.- Como la sentencia recurrida pone tanto el acento en el perfil del cliente, según hemos recogido en el resumen de antecedentes, conviene detenerse en las declaraciones jurisprudenciales efectuadas al respecto, que demuestran que la decisión de la audiencia contraviene la doctrina de la sala, por ofrecer relevancia a la persona física que contrató y su obligación de diligencia.

Son numerosas las sentencias que afirman que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos



financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión ( SSTS 11/2017, de 13 de enero; 6 de abril de 2017).

De ahí que inferir de ese dato, como hace la sentencia recurrida, que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo, contradice la jurisprudencia de la sala.

Como afirma la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la de simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

La sentencia recurrida sobre la base de estos datos, probados y respetados, contradice la jurisprudencia de la sala, que afirma en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

Por tratarse de una empresa que contrae préstamos, con o sin garantía hipotecaria, o concierta contratos de leasing, no puede presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria compleja.

Por idénticos motivos de cualificación para negociar esta clase de productos, se ha excluido el carácter excusable del error aún interviniendo un asesor fiscal ( sentencia 496/2016, de 15 de julio, 579/2016, de 30 de enero, y 11/2017, de 13 de enero).

Es esclarecedora, al efecto, la sentencia 60/2016, de 12 de febrero.

No cabe imputar falta de diligencia a la administradora, pues, 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.

Si así se exige cuando se presta un servicio de inversión, con mayor motivo cuando se impone como condición a una operación financiera.

**4.-** Por tanto ese déficit de información, en estrecha relación con su condición de minorista, puede hacer presumir el error en quien contrató (sentencia del Pleno 840/2013 de 20 de enero de 2014). No es que el incumplimiento de los deberes de información determine por sí la existencia de error vicio, sino que permite presumirlo ( sentencia 560/2015, de 28 de octubre).

Consecuencia de lo anterior es que la presunción de error vicio admite justificación en contrario.

La sentencia recurrida, sin embargo, desde el respeto a sus conclusiones fácticas, no contiene ningún argumento que desvirtúe la presunción.

Ya se ha dicho que una cosa es que un empresario acometa, en el sector de su empresa, operaciones empresariales de riesgo, y otra que ello, sobre todo cuando se trata de minorista, suponga que sea idóneo para contratar productos de riesgo y complejos o convenientes.

De ahí que proceda la estimación del recurso de casación y, por ende, asumiendo la instancia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC, procede no imponer las costas a la parte recurrente.

## 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 contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de enero de 2016, por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el recurso de apelación n.º 118/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 379/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Tarragona.

2.º- Casar la sentencia recurrida, y, al asumir la instancia desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Tarragona que se confirma y se declara su firmeza.

3.º- No se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente, con devolución a ésta del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.ª Angeles Parra Lucan

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ