



Roj: **STS 3461/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3461**

Id Cendoj: **28079110012016100475**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2016**

Nº de Recurso: **658/2013**

Nº de Resolución: **479/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LO 39/2013,**
STS 3461/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, bajo la dirección letrada de D. Javier Barinaga Martín, contra la sentencia n.º 28/2013, de 4 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, en el recurso de apelación núm. 345/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1737/2009, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Logroño. Han sido partes recurridas D.ª Ángeles, D.ª Angustia, D. Nazario y la sociedad Joker Lardero S.L., representados por la procuradora D.ª Pilar Moliné López y bajo la dirección letrada de D. Carlos Ruíz Marín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Gemma Marante Chasco, en nombre y representación de D.ª Ángeles, D.ª Angustia, D. Nazario y Joker Lardero S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de La Rioja, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando la demanda interpuesta, declare:

- 1.- La resolución de los contratos de cobertura de tipo de interés.
- 2.- Que se condene a CAJARIOJA a devolver la totalidad de las cantidades percibidas de nuestros mandantes en concepto de liquidación de cobertura de tipo de interés.
- 3.- Declare nulas las condiciones 6 de los contratos de cobertura de tipos de interés.

Todo ello, con expresa condena al pago de los intereses legales correspondientes y del pago de la totalidad de las costas a las entidades demandadas».

2.- La demanda fue presentada el 1 de septiembre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Logroño, fue registrada con el núm. 1737/2009. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Virginia Castillo Doñate, en representación de Caja de Ahorros de La Rioja, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Logroño dictó sentencia n.º 24/2011, de 11 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por Doña Ángeles, Doña Angustia, Don Nazario en su propio nombre y en representación de la mercantil Joker Lardero, S.L. contra Caja de Ahorros de la Rioja absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas contra ella.

Procédase al alzamiento de la medida cautelar adoptada mediante auto de fecha 1 de diciembre de 2.009, firme que sea la presente resolución.

Se imponen las costas del proceso a la parte demandante».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Ángeles, D.ª Angustia, D. Nazario y Joker Lardero S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, que lo tramitó con el número de rollo 345/2011 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Joker Lardero S.L., Doña Ángeles, Doña Angustia y Don Nazario frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Logroño el día 11 de febrero de 2011 en el Juicio Ordinario núm. 1737/2009 del que trae causa el presente Rollo 345/11, la cual revocamos, y en su virtud debemos acordar y acordamos:

»1º) La resolución de los contratos de "Cobertura de tipo de interés" suscritos por los demandantes Joker Lardero S.L., Doña Ángeles, Doña Angustia y Don Nazario con la entidad Caja de Ahorros de la Rioja que son objeto de este procedimiento.

»2º) Que debemos condenar y condenamos a Caja de Ahorros de la Rioja a resarcir a los demandantes mediante el pago a los mismos de la suma resultante de restar a la totalidad de las sumas percibidas por Caja Rioja de los hoy actores en concepto de liquidaciones de cobertura de tipo de interés derivadas de los contratos antes mencionados, la sumas que en su caso hubieran percibido los demandantes de Cajarioja en concepto de estas liquidaciones de coberturas de tipo de interés derivadas de los mismos contratos. Dicha suma devengará el interés prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

»3º) Que debemos declarar y declaramos NULA la cláusula "sexta", (relativa a cancelación anticipada), de cada uno de esos contratos de cobertura de tipo de interés objeto de este procedimiento.

»4º) Las costas de ambas instancias se imponen a la parte demandada».

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

1.- La procuradora D.ª Virginia Castillo Doñate, en representación de Bankia S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Incorrecta aplicación del artículo 1124 del Código Civil.

Segundo.- Inexistencia de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos.

Tercero.- Inexistencia de incumplimiento del deber de información previo en la suscripción de los contratos, y en todo caso, incumplimiento de no gravedad suficiente como para ser causa de resolución alguna».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes ante la misma, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 4 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Bankia, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 4 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, en el rollo de apelación n.º 245/2011, dimanante del juicio ordinario n.º 1737/2009, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Logroño».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, en el que solicitó la desestimación de dicho recurso.



4.- Por providencia de 27 de mayo de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- Los días 6 de marzo y 21 de mayo de 2008, Caja de Ahorros de La Rioja (Cajarioja, actualmente Bankia, S.A.) concedió a Dña. Ángeles , Dña. Angustia , D. Nazario y la compañía mercantil Joker Lardero, S.L., sendos créditos por importe de 650.000 €, 310.000 € y 900.000 €. Simultáneamente, suscribieron tres contratos de swap:

a) El 6 de marzo de 2008, un contrato denominado de cobertura de tipos de interés, con un nominal de 650.000 €, fecha de inicio el 4 de abril de 2008, fecha de vencimiento el 4 de abril de 2012 y liquidaciones trimestrales.

b) El 21 de mayo de 2008, un contrato con igual denominación, con un nominal de 310.000 €, fecha de inicio el 2 de junio de 2008, fecha de vencimiento el 2 de junio de 2012 y liquidaciones trimestrales.

c) El 21 de mayo de 2008, otro contrato de la misma denominación, con un nominal de 900.000 €, fecha de inicio el 2 de junio de 2008, fecha de vencimiento el 2 de junio de 2012 y liquidaciones trimestrales.

2.- Los contratos de permuta financiera generaron liquidaciones negativas para los clientes por importe de 6.783,02 €, 2.974,20 € y 8.643,83 €, respectivamente. En total, 12.282,05 €.

3.- Cuando los clientes constataron la existencia de liquidaciones negativas, intentaron la cancelación de los productos, siendo informados por la entidad financiera que el coste de la cancelación sería de 39.000 €, 86.000 € y 29.000 €, respectivamente, para cada uno de los tres contratos.

4.- Los Sres. Ángeles y Nazario Angustia , y Joker Lardero, S.L. formularon demanda contra Cajarioja, en la que solicitaban la resolución de los contratos de swap, que se condenara a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas por las liquidaciones negativas y que se declarasen nulas las condiciones generales de los contratos relativas a la cancelación de los productos.

5.- Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) El error en el consentimiento puede dar lugar a una nulidad contractual, pero no a la resolución de los contratos. (ii) En todo caso, no se aprecia la existencia de error, que además, no sería excusable, puesto que los demandantes, con una mínima diligencia, podrían haber comprendido las características de los productos contratados. (iii) Los clientes no objetaron nada mientras las liquidaciones fueron positivas, y sólo reaccionaron cuando comenzaron a recibir liquidaciones negativas. (iv) Tampoco son nulas las cláusulas de cancelación anticipada, porque de su redacción se desprende que tenían un coste para los clientes. Razones por las cuales desestimó la demanda.

6.- Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Dada la naturaleza de la acción ejercitada, lo que procede no es la determinación de si existió nulidad por error en el consentimiento, sino si hubo incumplimiento por la entidad financiera de las obligaciones que deba dar lugar a la resolución de los contratos. (ii) La entidad financiera incumplió absolutamente su deber de información, impuesto legalmente; y en particular, no se advirtió a los clientes de las consecuencias que podría tener una bajada de los tipos de interés. (iii) Dicho incumplimiento fue de tal magnitud que frustró en su raíz la finalidad de los contratos, por lo que existe causa justificada para su resolución. (iv) Las estipulaciones sobre cancelación anticipada son nulas, porque no advertían sobre el coste de tales cancelaciones.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Primer y tercer motivos de casación. Planteamiento.*

1.- Bankia, S.A., interpuso un primer motivo casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC , en el que denunciaba infracción del art. 1.124 CC . En el tercer motivo, se alega inexistencia de incumplimiento del deber de información previo a la suscripción de los contratos. Y en todo caso, que el incumplimiento no sería de entidad suficiente como para dar lugar a la resolución contractual.

2.- En el desarrollo del primer motivo se argumenta, resumidamente, que el incumplimiento del deber legal de información al cliente previa al contrato, por parte de la entidad financiera, nunca puede llevar aparejada la facultad de resolución del art. 1.124 CC , sino que, de existir, afecta a la formación del consentimiento, a su



posible vicio, y por tanto la única consecuencia jurídica posible sería la anulabilidad del contrato, pero nunca la resolución.

Al desarrollar el tercer motivo, se arguye sintéticamente que no cabe considerar que haya existido incumplimiento del deber de información cuando existieron varias reuniones explicativas, la contraparte no era neófito en la contratación de productos financieros y firmó varios contratos, a los que no puso objeción alguna cuando comenzó a cobrar las liquidaciones positivas.

3.- Dada la evidente conexión entre ambos motivos, se resolverán en ese orden (primero y tercero), anteponiendo el tercero al segundo, que quedará para el final.

TERCERO.- *Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la formación del consentimiento. Régimen de ineficacia del contrato. Procedencia de la acción de anulabilidad, no de la de resolución contractual.*

1.- En relación con las consecuencias de la inobservancia de las exigencias de información previstas en la normativa MiFID, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , Genil 48, S.L. y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A., estableció que habrá que estar a lo previsto al efecto en los ordenamientos internos de los Estados miembros, al decir lo siguiente:

«56. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 .

»57. A este respecto, procede señalar que, si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros, C-591/10 , Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada).

»58. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , respetando los principios de equivalencia y efectividad».

2.- Dada dicha remisión a nuestro ordenamiento jurídico, es cierto, como se afirma en el recurso, que es inconcuso doctrinal y jurisprudencialmente que la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento (en este caso, por inexistencia de información suficiente al cliente) debe dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución. Además de en las sentencias de esta Sala que se invocan en el recurso (14 de junio de 1988 , 20 de junio de 1996 , 21 de marzo de 1986 , 22 de diciembre de 1980 , 11 de noviembre de 1996 , 24 de septiembre de 1997), lo hemos dicho más recientemente en la sentencia núm. 654/2015 , de 19 de noviembre:

«No cabe duda de que la deducción de una pretensión fundada en la alegación de un vicio del consentimiento, conforme a los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil, según la propia dicción del primero de los mencionados preceptos y del artículo 1.301 del mismo texto legal , debe formularse mediante una petición de anulabilidad o nulidad relativa; y no a través de una acción de resolución contractual por incumplimiento».

3.- Como consecuencia de lo cual, al haber ejercitado la parte demandante una acción improcedente, el primer motivo de casación ha de ser estimado.

CUARTO.- *El incumplimiento del deber de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera. Jurisprudencia de la Sala.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, que consideran que un incumplimiento de la normativa MiFID (art. 79 bis LMV y normas reglamentarias de desarrollo), 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 el consentimiento 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 ; y 310/2016, de 11 de mayo).

2.- Ahora bien, como hemos dicho al resolver el primer motivo de casación, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1.265 , 1.266 y 1.301 CC ; pero no a una resolución del mismo por incumplimiento, en los términos del art. 1.124 CC , dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se habría producido con anterioridad. Es decir, la vulneración de la normativa legal sobre el 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 puede propiciar un error en la prestación del consentimiento, pero no determina un incumplimiento con virtualidad resolutoria.

Por lo que el tercer motivo de casación también debe ser estimado.

QUINTO.- Segundo motivo de casación. Nulidad de las cláusulas de cancelación anticipada.

Planteamiento:

1.- Se formula también al amparo del art. 477.2.3º LEC , y se denuncia inexistencia de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos.

2.- Al desarrollar el motivo, se alega resumidamente que en este tipo de contratos la inclusión de cláusulas de cancelación anticipada no solo es conveniente, sino que es imprescindible, a fin de reconocer al cliente la posibilidad de apartarse del contrato, mediante un procedimiento imparcial y objetivo de liquidación, si la rentabilidad del mismo deviene perjudicial, según reconoce el Banco de España. La lógica de estas cláusulas consiste en que el coste de cancelación solamente puede conocerse en el momento en que se lleva a cabo, por lo que resulta imposible establecer un coste fijo.

Decisión de la Sala:

1.- Nuevamente nos encontramos con un defectuoso planteamiento de la pretensión. Las cláusulas que permiten la cancelación anticipada no son nulas por sí mismas, ni por tanto, puede solicitarse aisladamente su nulidad, sin pretender la del contrato en su totalidad. En su caso, si no se suministra al cliente información suficiente sobre la existencia de un coste de dicha cancelación y los riesgos que ello conlleva, se puede viciar el consentimiento por error, lo que acarrearía la nulidad del contrato, no la de la cláusula aisladamente considerada.

2.- Como hemos dicho en las sentencias núm. 358/2016, de 1 de junio , 380/2016, de 3 de junio y 450/2016, de 1 de julio , la existencia de una previsión en un contrato de permuta financiera que permita la posibilidad de cancelación anticipada por el cliente y que el precio de la cancelación esté en función de la situación del mercado en esas fechas, y del coste que para el banco pueda representar deshacer a precio de mercado la cobertura del producto, no contraría el art. 1256 CC , en cuanto que no supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes. Si la contratación con el cliente ha conllevado, para el banco, la contratación de una cobertura de este producto, es lógico que la cancelación anticipada del swap repercuta en la cancelación anticipada de la cobertura, que esto pueda tener un coste para el banco, y que en el contrato de swap, al prever la cancelación del swap, se pueda prever esta repercusión del coste. La indeterminación de este coste, en el momento de firmar el contrato, no es fruto de la voluntad de dejar su concreción al arbitrio del banco, sino una consecuencia natural de la aleatoriedad, vinculada a la situación del mercado en el momento de la resolución. Cuestión distinta, como se ha expuesto, es que se hubiera explicado suficientemente el riesgo que conllevaba este coste de cancelación, a los efectos de error vicio.

3.- En su virtud, este segundo motivo casacional también ha de ser estimado.

SEXTO.- Consecuencias de la estimación del recurso de casación.

Al estimarse el recurso de casación, debe anularse la sentencia recurrida y desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.



1.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a los Sres. Ángeles y Nazario Angustia , y Joker Lardero, S.L. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Bankia, S.A. contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 345/2011 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dª Ángeles , Dª Angustia , D. Nazario y Joker Lardero S.L. contra la sentencia núm. 24/2011, de 11 de febrero de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Logroño , en el juicio ordinario núm. 1737/09, que confirmamos íntegramente.

3.º- Imponer a D.ª Ángeles , D.ª Angustia , D. Nazario y Joker Lardero S.L. las costas del recurso de apelación.

4.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación.

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.