



VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS
Procurador de los Tribunales
COL. 547
C/ Loeches nº 6 - bajo B
28008 Madrid
Tel.: 914540091 - Fax: 915427861

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 385/2014

Fecha Sentencia: 07/07/2014

CASACIÓN

Recurso N°:

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 25/06/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION 3ª TARRAGONA

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: AAH/CSV

Nota:

Nulidad de contrato de permuta financiera (swap) de tipo de interés.
Error esencial: error sobre el alcance del riesgo asumido. Contenido del deber de información que se impone a la entidad financiera por la normativa MiFID. Incidencia del incumplimiento de ese deber de información en la apreciación de error.



VICENTE RUIGÓMEZ MURIEDAS
Procurador de los Tribunales
COL. 547
C/ Loeches nº 6 - bajo B
28008 Madrid
Tel.: 914540091 - Fax: 915427861

CASACIÓN Num.:

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Marín Castán

Votación y Fallo: 25/06/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 385/2014

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Xavier O'Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada Banco Mare Nostrum, S.A., como sucesora procesal de la inicial demandada Caixa d'Estalvis del Penedès (Caixa Penedès), representada ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada el 27 de marzo 2012 por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación nº , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº : del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Amposta sobre nulidad de contrato bancario. Ha sido parte recurrida la mercantil , que ha comparecido bajo la representación del procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de enero de 2011 se presentó demanda por la mercantil contra la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès sobre nulidad de dos contratos celebrados el 6 de junio de 2008, uno de prestación de servicios de inversión y otro de instrumento financiero derivado, denominado "collar de tipo de interés", solicitando que se dictara sentencia por la que:

«1. Se declare la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión de fecha 6 de junio de 2008, así como del contrato de confirmación de cobertura de tipos de interés –collar de tipo de interés- de igual fecha, todos ellos suscritos con la demandada.

2. Se condene a Caixa d'Estalvis del Penedès a la devolución de las cantidades que se pudieren devengar y pagar hasta la terminación de este procedimiento, más los intereses legales que correspondan.

3. Se condene a Caixa d'Estalvis del Penedès al pago de las costas causadas en la presente instancia».

Mediante otrosí se solicitó la adopción de medidas cautelares consistentes en la suspensión provisional de la vigencia del contrato de permuta financiera de tipos de interés y el cese provisional o suspensión de las anotaciones de descubierto o impago derivadas de los contratos objeto del litigio que pudieran acceder a los registros de morosidad.

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Amposta, dando lugar a las actuaciones nº de juicio ordinario, y emplazada la entidad financiera demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con condena en costas de los demandantes.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, en la que se recibió el pleito a prueba, y seguido este por sus trámites, la magistrada-juez titular del

mencionado Juzgado dictó sentencia el 8 de noviembre de 2011 con el siguiente fallo:

«Estimo íntegramente la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales Dª Anna Sagrista González, en nombre y representación de . contra Caixa d'Estalvis del Penedès.

Declaro la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión y del contrato de cobertura de tipos de interés, ambos de fecha 6 de junio de 2008. Como consecuencia de la declarada nulidad, las partes estarán obligadas a restituirse recíprocamente las cantidades percibidas, con los intereses legales correspondientes computados desde que se hizo efectivo el cobro.

Condeno a Caixa d'Estalvis del Penedès al pago de las costas procesales».

CUARTO.- Interpuesto por la entidad financiera demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, esta dictó sentencia el 27 de marzo de 2012 con el siguiente fallo:

«Con desestimación del recurso de apelación que ha interpuesto la procuradora Dª María José Margalef Valldepérez, en representación de Caixa d'Estalvis del Penedès, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Amposta con fecha ocho de noviembre de dos mil once, en sus autos ‘-

1) Confirmamos esta sentencia.

2) Con imposición alapelante de las costas de su recurso».

QUINTO.- Contra la sentencia de apelación se interpuso recurso de casación por la entidad Mare Nostrum, S.A., que había comparecido en el proceso como sucesora procesal de la entidad inicialmente demandada Caixa d'Estalvis del Penedès. El tribunal de segunda instancia lo tuvo por interpuesto acordando la remisión de las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes litigantes.

En las peticiones del escrito de interposición del recurso de casación, la recurrente solicitó a esta Sala «que admita a trámite dicho recurso de casación y en su día dicte sentencia por la que

A.- *Estimando el recurso de casación, se desestime la demanda de la actora en cuanto a la declaración de nulidad contractual y condena en costas.*

B.- *En cuanto a las costas, deberán ser impuestas las de primera instancia a la actora y por mitad las de apelación y casación».*

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta sentencia, el recurso fue admitido por auto de 29 de octubre de 2013, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición en el que solicitó a la Sala que:

«Se tanga por presentado este escrito y por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por la representación legal de Banco Mare Nostrum, S. A. contra la sentencia de apelación de fecha 27 de marzo de 2012 dictada en el rollo 1/2012, interesando se dicte resolución por la que se desestime dicho recurso, se confirme la referida sentencia de apelación y se condene a las costas de esta casación a la recurrente ».

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 10 de diciembre de 2013 se acordó que, no habiéndose solicitado vista por las partes litigantes, quedara el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

OCTAVO.- Por providencia de 12 de junio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 25, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad por error de dos contratos: un contrato básico de prestación de servicios de inversión y un contrato denominado collar de tipo de interés (contrato de permuto financiera -swap- de tipo de interés).

La demanda se interpuso el 5 de enero de 2011 por la mercantil Sercrimar, S.L., ahora parte recurrente, frente a la entidad Caixa Penedés, cuya posición como demandada fue posteriormente asumida por sucesión procesal por la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., hoy parte recurrente en casación.

En esa demanda se alegó, en síntesis, que con ocasión de los diferentes productos de crédito que la mercantil demandante tenía contratados con la entidad demandada, el director de la sucursal de la demandada en Sant Carles de la Rápita ofreció, en una visita comercial propuesta por la demandante para contratar un seguro de vida, un producto que se suponía era un fantástico seguro frente a las subidas de tipos de interés, convenciendo al representante legal de la demandante, que el 6 de junio de 2008 firmó el denominado contrato básico de prestación de servicios de inversión y un contrato de cobertura de tipos de interés denominado *collar de tipo de interés*, contratos que son de adhesión; que el contrato de cobertura se firmó en la creencia de que se trataba de un seguro frente a las subidas de tipo de interés, a lo que inducía el folleto informativo que consta en la página web del banco demandado, sin recibir de los empleados de este explicación suficiente sobre los enormes riesgos y gastos que se asumían; que los conocimientos financieros del representante legal de la demandante eran nulos y no se le hicieron los tests de conveniencia e idoneidad exigidos por la normativa aplicable; que la entidad demandada conocía muy bien en el momento de la contratación las previsiones de evolución del EURIBOR a medio plazo pero no facilitó esta información a la demandante, que de haberla conocido no hubiera suscrito el producto dado el alto desequilibrio económico que implicaba el contrato, lo que probaría la mala fe de la entidad demandada.

En la fundamentación jurídica de la demanda, después de exponerse las características del contrato de *swap*, se argumentó sobre el desequilibrio de las prestaciones entre una y otra parte, sobre la falta de información de los riesgos del producto que la normativa aplicable imponía al banco y sobre los

requisitos para la apreciación del error vicio del consentimiento, y se citó la normativa y jurisprudencia que se consideraba de aplicación al caso.

En la contestación a la demanda la entidad financiera demandada alegó, en síntesis, que la demandante solo pretendía la nulidad del contrato desde que sus consecuencias le habían sido desfavorables aunque en él concurrieron todos los elementos exigidos para su válida existencia, relató las relaciones crediticias existentes con la entidad demandante y expuso que se mantuvieron varias reuniones y conversaciones previas a la contratación con realización de ejercicios y simulaciones sobre la fijación de plazo e importe y tipos de referencia; que el propio contrato contenía la descripción de su funcionamiento y de las obligaciones asumidas por las partes y que el banco demandado tenía la obligación legal, impuesta por el artículo 19 del RD 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica (en lo sucesivo RD 2/2003), de informar a los demandantes, como deudores de financiaciones con interés variable a largo plazo, de los instrumentos disponibles de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés, lo que no es compatible con la existencia de dolo por parte del banco demandado, y tras argumentar sobre la causa y el objeto del contrato se alegó, en relación con el error vicio del consentimiento, que desde la previa contratación hasta que el contrato inició su vigencia transcurrieron unos días en los que la demandante bien pudo manifestar cualquier consideración sobre lo firmado, y que, teniendo en cuenta que la diligencia es exigible por igual a ambas partes contratantes, el error alegado no era excusable.

Como fundamentación jurídica de dicha contestación se adujo el carácter vinculante de las obligaciones contractuales, la concurrencia de todos los elementos esenciales del contrato, la existencia de válido consentimiento, la falta de diligencia de la demandante, cuyo error solo sería creíble si sus representantes no se hubieran leído el contrato, la adecuada diligencia de la entidad demandada, que fue la exigible al tiempo de la contratación, y la ausencia de dolo o error, y se concluyó argumentando sobre la inaplicación al caso de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Razonó que los contratos a los que se refería la demanda eran un contrato básico de prestación de servicios de inversión y un instrumento financiero derivado

denominado *collar de tipo de interés*, que era una permuta financiera; que de la valoración de la prueba podían tenerse por acreditados los hechos alegados en la demanda (que los contratos habían sido ofrecidos por la entidad demandada como un auténtico seguro frente a las subidas de interés, que los empleados de la entidad demandada no habían explicado a la demandante lo que ocurriría si los tipos de interés bajaban, ni el riesgo existente, ni los enormes gastos que podía suponer para el cliente la bajada de los tipos de interés, ni cómo cancelar el producto ni, en fin, los costes derivados de la cancelación). En la sentencia se constatan además las declaraciones de varios testigos, empleados del banco demandado, según las cuales estos indicaron al administrador de la mercantil demandante que se trataba de una cobertura de tipos para evitar los posibles contratiempos que pudiera sufrir el EURIBOR, que se le explicó el producto, ofreciéndose distintas modalidades dentro del mismo tipo de producto, y se le explicaron los problemas que habría si bajaba el tipo de interés; que se utilizó el documento nº 2 de la demanda para explicar el funcionamiento del producto; que se contactó con el administrador de la demandante para ofrecerle la cobertura de los tipos de interés aunque este estaba interesado en un seguro de vida; que no tenía perfil ni conservador ni especulativo y solo quería vigilar y cuidar su patrimonio; que no se hizo el test de idoneidad porque no estaba preparado, pero que tenía un perfil adecuado para la contratación del producto. Se razona por la juez que la información fue insuficiente porque no se ilustró con ejemplos gráficos y numéricos las consecuencias positivas ni negativas de la evolución de los tipos de interés y que se estaba ante un cliente minorista al que no se hizo el test de idoneidad; que los ejemplos numéricos incorporados al contrato de cobertura no eran claros ni comprensibles y que la cláusula de cancelación anticipada era oscura e incumplía el compromiso del banco consignado en el contrato básico de dar información clara y no engañosa. Finalmente, se concluye en esa sentencia que hubo error en el consentimiento derivado de la falta de información, de la falta de claridad de los folletos explicativos y de la dificultad para comprender las fórmulas matemáticas, y que era excusable porque la complejidad del contrato exigía un plus de claridad en la información que debía dar la entidad de crédito demandada.

Esta última interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia alegando la indebida valoración de la prueba por no haberse tenido en cuenta que se había informado de los instrumentos de cobertura en cumplimiento de lo previsto en el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, y que según había declarado uno de los testigos se hizo el ofrecimiento tras un análisis previo de las circunstancias de la demandante y se mantuvo una reunión en la que se la informó sobre el documento nº 2 de la contestación, en el que se contienen distintas modalidades de cobertura; que respecto al contrato básico de prestación de servicios de inversión, nada se había alegado que supusiera su nulidad salvo que se había firmado con desconocimiento de lo que se suscribía, y respecto al contrato de cobertura de tipos de interés no se había acreditado la existencia de error excusable, atendido que las condiciones particulares hacían referencia a los riesgos asumidos por las partes, por lo que no era creíble que de la mera lectura del documento el administrador de la mercantil demandante no obtuviera el conocimiento de las posibles consecuencias onerosas del mismo, y no podía haber error sobre las circunstancias esenciales porque no se podía pretender que el banco ofreciera una cobertura de forma gratuita.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera demandada y confirmó la estimación de la demanda. Se expone que la entidad demandante firmó dos contratos, uno básico de prestación de servicios de inversión, que servía como marco a la relación, y otro de cobertura de tipos de interés, y se examina lo pactado en este último según el texto del contrato, añadiéndose que, con motivo del examen de las medidas cautelares solicitadas en la demanda, se pudo comprobar la información que daba el propio contrato sobre la relación jurídica concertada, consistente en una cobertura recíproca con ejemplos numéricos que permitían conocer cuál podría ser la pérdida asociada a cualquier tipo de interés, y que, como se dijo en la medida cautelar, un empresario con una mínima diligencia normal podía conocer a través del examen cuidadoso del contrato cuál era su naturaleza y los riesgos que derivaban de él, por lo que debía declararse la inexistencia de error en el conocimiento de la dinámica del contrato, excluyéndose así el vicio del consentimiento, si bien del documento nº 7 de la

demandada, que refleja la tendencia del mercado, se deriva una información muy importante que la entidad demandada debía tener a su disposición y que debió haber compartido con su cliente para que pudiera valorar con conocimiento de causa si le convenía o no suscribir el contrato, pues con esa información lo que era una recíproca cobertura se convertía en una cobertura unilateral del cliente a favor del banco, y esto sí generó un error sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato que vició el consentimiento y que implicaba la nulidad del mismo.

Esta sentencia de segunda instancia ha sido impugnada por la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., por sucesión procesal de la entidad inicialmente demandada, mediante la interposición del recurso de casación que ha sido admitido por esta Sala.

El recurso de casación se formula, en principio, por la vía del artículo 477.2.2 LEC, por entender la recurrente que la cuantía del litigio excede de 600.000 euros, si bien continúa exponiendo que el recurso va encaminado a la fijación de doctrina sobre las dos cuestiones siguientes: i) la no obligatoriedad de entrega de información precontractual sobre las previsiones de evolución de la variable financiera a la que va referida un determinado producto financiero de los previstos en el artículo 2 de la Ley 24/1998, de 24 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV); ii) la imposibilidad de existencia de vicio de consentimiento derivado de la falta de entrega de dicha información precontractual; y iii) la ausencia de una sanción de nulidad contractual como consecuencia de una falta de información precontractual en la contratación de instrumentos financieros. Se expone a continuación por la entidad recurrente que la sentencia recurrida aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor y no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o semejante contenido, citándose el artículo 79 bis LMV en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV (en lo sucesivo Ley 47/2007), y el artículo 60 del RD 217/2008, de 15 de febrero, que lo desarrolla (en lo sucesivo RD 217/2008), así como los artículos 1265 y 1266 CC.

La fundamentación del recurso se articula en dos motivos de casación en los que se plantean las siguientes cuestiones:

En el motivo primero -cuyo encabezamiento es "*Infracción del artículo 79 bis 2 Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores e infracción del artículo 60 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre condiciones que debe reunir la información a clientes para ser imparcial, clara y no engañoso. Infracción de la disposición final primera de la Ley 47/2007, de 19 de febrero. 1261, 1265 y 1266 CC. Ausencia de sanción de nulidad en caso de incumplimiento de obligaciones de información precontractual por las entidades financieras a sus clientes*"- se plantea, en lo esencial, que: a) la regulación positiva no impone como obligación precontractual la entrega de predicciones o información sobre resultados futuros, ni sobre la evolución de la variable financiera, por lo que no puede derivarse de ese hecho la existencia de error determinante de la nulidad del contrato; b) las previsiones de evolución de tipos de interés son escasamente compatibles con la naturaleza aleatoria de la permuta financiera, además de que, no existiendo previsiones elaboradas por un organismo oficial, el suministro por una de las partes de esas previsiones constituye causa de un potencial conflicto de intereses, y nos adentraríamos en la senda del asesoramiento financiero porque el cliente podría considerar que la entidad financiera está realizando una labor de recomendación personalizada que aquí no concurre, a lo que se une que, tal como ha resuelto la sentencia recurrida, la omisión que se atribuye el banco significaría al existencia de dolo y no del error que se ha declarado en ella; c) el contrato se firmó antes de haber transcurrido por completo el periodo de adaptación conferido a las entidades financieras por la disposición final primera de la Ley 47/2007 que dispuso su entrada en vigor a los seis meses de su publicación, por lo que no se debe sancionar la nulidad en virtud de una normativa que a la fecha de contratación no era de obligado cumplimiento.

En el motivo segundo -cuyo encabezamiento es "*Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil*"- se plantea, en lo esencial, que la ausencia de una previa y adecuada información al cliente no tiene una relación automática causa-efecto con la declaración de nulidad del contrato, y se citan en apoyo de esta manifestación diversas sentencias de distintas Audiencias Provinciales, añadiéndose que ni la propia legislación sectorial ha previsto cuál debe ser el nivel de información al cliente y que el error debe recaer sobre la sustancia de la cosa y no ser imputable a quien lo padece, apreciaciones que,

según se argumenta en el motivo, deben hacerse con un criterio restrictivo, correspondiendo su prueba a quien lo alega según se declara en la jurisprudencia de esta Sala y de diversas Audiencia Provinciales que se cita en el motivo.

La mercantil demandante, ahora parte recurrida, se ha opuesto al recurso alegando, en primer término, la existencia de causas de inadmisión del mismo al haberse invocado el cauce del artículo 477.2.2 LEC y no la vía del interés casacional que resultaba ser la procedente, ya que la cuantía del proceso quedó fijada en 20.050,35 euros, así como que en el recuso se incurre en la contradicción de invocar normas que no llevan más de cinco años en vigor a la vez que se manifiesta que no son de aplicación al litigio, no siendo cierto que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las normas citadas en el recurso, como demuestran las SSTS de 17 y 18 de abril de 2013, dictadas en los recursos nº 1826/2010 y nº 1979/2011. Continúa el escrito de oposición expresando las razones por las que el recurso debe ser desestimado, que se pueden resumir en las siguientes: como se destaca en la sentencia recurrida, aunque las previsiones de evolución del interés no puedan asegurar un acierto total, el cliente tiene derecho a saber cuál es el resultado de la operación que concluye en igualdad con el banco, por lo que debe ser exigible que el banco entregue estas expectativas con el objeto de que el cliente pueda conocer cuál podría ser el resultado final de la operación; que las normas de derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la normativa europea aplicable, y aunque la falta de información precontractual no implique por sí misma la nulidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico, sí puede llevar a la prestación del consentimiento por error, como ha ocurrido en el litigio, y se concluye alegando que la tesis de la recurrente sobre el no sometimiento del contrato a la normativa MiFID carece de fundamento porque una cosa es que la disposición final sexta de la Ley 47/2007 conceda un periodo de adaptación a los bancos y otra distinta la entrada en vigor, que se produjo el día 21 de diciembre de 2007.

SEGUNDO.- El examen del recurso debe iniciarse dando respuesta a las alegaciones de la mercantil demandante, parte recurrida en casación,

sobre la concurrencia de causas de no admisión del recurso que implicarían, en esta fase, ya de decisión, la desestimación del mismo.

Se plantea por la parte recurrida que en el escrito de interposición del recurso se ha seguido un cauce inadecuado de acceso a la casación ya que la sentencia recurrida ha sido dictada en un juicio seguido por razón de la cuantía en el que esta quedó fijada en 20.050,35 euros, por lo que solo puede acceder a dicho recurso por la vía del interés casacional, y que en la fundamentación del recurso se incurre en la contradicción de invocar normas que no llevan más de cinco años en vigor a la vez que se manifiesta que no son de aplicación al litigio, además de no ser cierto que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las normas citadas como fundamento del recurso; y se citan dos sentencias de esta Sala que avalarían esta última afirmación.

Estas alegaciones no pueden ser acogidas y, como consideró esta Sala al dictar el auto de admisión del recurso, este cumple los requisitos necesarios para que pueda ser admitido, pues además del cumplimiento de los requisitos de forma y tiempo, que no se discuten, junto a la cita del artículo 477.2.2º LEC, que como bien señala la parte recurrida no es procedente, se plantea con la suficiente claridad la posible existencia de interés casacional por infracción de norma de vigencia inferior a cinco años, con cita -bien es cierto que junto a otras que no tienen esa característica- de las normas que fundamentan el recurso, siendo irrelevante, a los solos efectos de la admisión, que la recurrente sostenga a la vez la irregular aplicación de esas normas y su no aplicabilidad al litigio por razones de vigencia, pues la recurrente se ve en el trance de exponer sus propio criterio a la vez que ha de combatir la razón causal del fallo impugnado. Además, en el motivo se exponen las cuestiones sobre las que solicita a esta Sala la fijación de doctrina jurisprudencial, y si bien es cierto que esta Sala en alguna sentencia se ha pronunciado sobre diversos aspectos de la aplicación de la normativa MiFID a los contratos de swap, ha sido con posterioridad a la formulación del recurso de casación, como posteriores a esa formulación son también las sentencias que se citan por la parte recurrida.

En consecuencia, según declaró esta Sala en el ATS de 6 de noviembre de 2013, recurso nº , el criterio rector para la admisión del recurso ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo

a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre), que en este caso es irrelevante porque se identifican de manera suficiente determinados problemas jurídicos y cómo ve la parte recurrente el interés casacional.

TERCERO.- Para la adecuada comprensión de la presente sentencia conviene hacer las siguientes precisiones:

1) En la demanda se solicitó la nulidad de dos contratos, uno básico de prestación de servicios de inversión y otro de cobertura de tipos de interés; la sentencia de primera instancia declaró la nulidad de ambos y este fallo fue confirmado por la sentencia de apelación; en ambas sentencias la razón causal del fallo se centró exclusivamente -en especial en la sentencia de segunda instancia- en el examen de la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés, y si bien es cierto que en el recurso de apelación la entidad demandada hizo unas breves alegaciones sobre la falta de fundamento de la petición de nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión, lo cierto es que el recurso de casación se dirige a combatir exclusivamente el criterio de la sentencia de segunda instancia por el que apreció error en el consentimiento en el contrato de cobertura de tipos de interés, no planteando nada en relación con el contrato básico de prestación de servicios de inversión.

En consecuencia, el pronunciamiento relativo a la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión es firme y esta Sala solo va a examinar la corrección o no de la declaración de nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés.

2) A tal efecto, conviene aclarar que la sentencia de segunda instancia ha considerado que no puede apreciarse error en el conocimiento de la dinámica del contrato porque deriva del contenido del propio contrato, pero que sí debe declararse la nulidad del contrato por error en un elemento que ha considerado como esencial -el verdadero riesgo asumido-, determinado por una situación de desequilibrio de información entre las partes ya que el banco podía conocer la evolución de los tipos de interés y no informó de ello a la

entidad demandante; no se declara en esa sentencia la existencia de dolo como insinúa el banco recurrente, sino que –más allá del concreto hecho de que se sirve (el desconocimiento de las previsiones de evolución de los tipos de interés)- lo que se aprecia en ella es un desequilibrio informativo de los contratantes que da lugar al error sobre el verdadero riesgo que conlleva la contratación del swap. Por esta razón se dice en la sentencia que lo que podía deducirse del documento contractual era una cobertura recíproca pero, ante el desequilibrio informativo, se convertía en una cobertura exclusiva por parte del cliente a favor del banco.

La anterior precisión es necesaria porque la entidad de crédito recurrente se centra en argumentar que en el deber de información al cliente no estaba incluida la relativa a la posible evolución futura de los tipos de interés y que imponerle esta obligación podría dar la impresión de un conflicto de intereses y de que la labor del banco deba interpretarse como de recomendación de la contratación cuando en realidad no es este servicio el que se ha prestado, alegándose también la imposibilidad de equiparar esa falta de información al error vicio. Pero la cuestión jurídica que en realidad suscita el recurso no se limita a esa sola circunstancia sino que comprende - como también se dice por la entidad recurrente en el encabezamiento del motivo primero- tanto el alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo como es el swap cuanto, naturalmente, las consecuencias del incumplimiento de ese deber de información en relación con la existencia de error vicio del consentimiento, cuestión sobre la que esta Sala se ha pronunciado en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº (en lo sucesivo STS nº 840/2013).

5) La doctrina fijada por esta Sala en su sentencia de Pleno implica una perspectiva distinta en parte de la de la sentencia recurrida y, por tanto, distinta también en parte de la entidad recurrente en su recurso de casación, por lo que conviene precisar en este momento que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada al pronunciarse sobre las exigencias constitucionales del principio de congruencia (SSTC 56/2007, de 12 de marzo, con cita de otras anteriores, 29/1999, de 8 de marzo, y 136/1998, de 29 de junio), el juez o tribunal pueden no ajustarse estrictamente

a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las sentencias, estando facultados para apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, de acuerdo con el aforismo *iura novit curia*, por lo que es posible el cambio de punto de vista jurídico siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (STS de 6 de junio de 2013, recurso nº).

En el presente caso, como se verá, las matizaciones que la aplicación de la doctrina de esta Sala fijada en la STS nº suponen respecto a la perspectiva de la sentencia recurrida no solo no implican una mutación del objeto del proceso -ya que respetan la causa de pedir-, sino que suponen el examen de unos criterios jurídicos que fueron objeto de planteamiento en la demanda y que fueron examinados en la sentencia de primera instancia, por lo que la circunstancia de que esta Sala examine la pretensión impugnativa del recurso sin sujeción absoluta a las argumentaciones del mismo (hechas en relación con el enfoque que ha dado a la cuestión la sentencia recurrida) no afectan al principio de congruencia.

CUARTO.- La doctrina fijada por esta Sala en la STS nº i, en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008- es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación litigiosa (el 6 de junio de 2008), por lo que deben ser rechazadas, ya desde este momento, las alegaciones del motivo primero sobre la inaplicación al caso de esas normas por razones de vigencia. La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 (no la disposición final primera como erróneamente aduce el banco recurrente) estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007; no se contempla en esa norma, en contra de lo que se

interpreta por el banco recurrente, la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia.

Según declaró esta Sala en la STS nº , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento.

De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el

producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del *test de conveniencia* -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el *test de idoneidad*, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor “que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público”.

Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia –que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para

ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008-, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo del 72 del RD 217/2008.

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- 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.

4. 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 minorista 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. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

QUINTO.- La aplicación de esta doctrina al presente caso exige que esta Sala proceda a la integración del *factum*, facultad de carácter excepcional que permite a esta Sala considerar hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida y de constancia necesaria para la decisión judicial (SSTS de 19 diciembre 2003, 5 marzo y 16 junio 2004, 3 junio 2005) o circunstancias fácticas que contribuyen a perfilar la cuestión litigiosa y a ayudar a su resolución (SSTS de 16 junio y 19 octubre 2004), con el límite de no contradecir la apreciación probatoria de la instancia (sentencias de 5 diciembre 2002 y 3 junio 2005) ni llenar un vacío probatorio sobre hechos relativos a la razón causal del fallo para suplir la valoración probatoria que constituye función soberana del juzgador de instancia (STS de 19 octubre de 2004).

A tal efecto resulta especialmente útil examinar los hechos probados declarados en la sentencia de primera instancia (ya que su fijación no fue impugnada en apelación, aunque sí su valoración o calificación como determinantes de la insuficiencia de información y de la existencia de error excusable), que no son negados por la sentencia de segunda instancia. En definitiva, son hechos cuya existencia no es controvertida.

Estos hechos son los siguientes:

1. La mercantil demandante mantenía diversos préstamos hipotecarios de los que era acreedora la entidad de crédito demandada.
2. El administrador de la demandante estaba interesado en un seguro de vida, pero se le ofreció por la entidad demandada un contrato de cobertura de tipos de interés.
3. La entidad demandada ha alegado que el ofrecimiento del swap se hizo para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del RD 2/2003, en cuanto le obligaba a ofrecer a los deudores de préstamos con interés variable instrumentos de cobertura frente a posibles incrementos de los tipos de interés.
4. Se mantuvieron tratos preliminares con reuniones informativas para las que se utilizó del documento nº 2 de la contestación a la demanda. Este documento consiste en un folleto informativo sobre distintos tipos de swaps en el que se consigna, mediante esquemas, el funcionamiento de diversas clases de swaps en términos generales, es decir sin ejemplos de liquidaciones, y en el que, entre otras cuestiones, se hace constar que las liquidaciones pueden ser negativas para el cliente y se recomienda al cliente el asesoramiento externo sobre las cuestiones legales, fiscales y contables de los swaps.
5. No se hizo el test de conveniencia porque el banco no lo tenía preparado.
6. El empleado de la entidad demandada consideró que el cliente tenía el perfil adecuado para la contratación del producto porque, a su entender, no era conservador ni especulativo y solo quería mantener su patrimonio.
7. El cliente es minorista (afirmación de la demanda que se encuentra reconocida de manera implícita en la sentencia de primera instancia y que no ha sido negada por la parte demandada).

SEXTO.- La aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, atendidos los hechos que han quedado relatados, implica que la entidad de crédito demandada ofreció el swap a la demandante, cliente minorista, como un producto dirigido a servir de cobertura frente a una subida de los tipos de interés aplicables a las hipotecas y no realizó el test de

idoneidad, que era el procedente ya que al comercializarse el swap, como recomendación personalizada a quien en realidad quería un seguro de vida, el servicio prestado fue de asesoramiento financiero.

En consecuencia, la declaración de la sentencia recurrida según la cual la lectura del documento contractual no permite apreciar error acerca del funcionamiento del contrato no impide, puesto que la entidad demandada no hizo el test de idoneidad, presumir el desconocimiento por el cliente del verdadero riesgo asumido, lo que supone el error excusable sobre un elemento esencial según la doctrina expuesta.

Lo relevante, por tanto, no es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones de EURIBOR, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del instrumento procedente en este caso, que era el test de idoneidad, cuya ausencia permite presumir el error excusable.

SÉPTIMO.- De todo lo anteriormente razonado se sigue que el recurso debe ser desestimado.

No pueden aceptarse las alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error, tesis que cede –como en definitiva se ha considerado en la sentencia recurrida- ante la presunción, derivada del incumplimiento de la realización del test de idoneidad, del desconocimiento del riesgo real de la operación, ni tampoco las alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº , la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa, que obliga al banco, no de mera disponibilidad. En cuanto a la alegación sobre la carga de la prueba del error y su atribución a quien lo alega -aunque es un tema propio del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y no del recurso de casación, pero en este caso íntimamente unido a la aplicación

de la norma sustantiva- tan solo cabe decir que no puede tenerse en consideración por esta Sala ante la presunción derivada del incumplimiento del deber de realización del test de idoneidad.

Queda por precisar que la circunstancia de que la entidad de crédito recurrente -según alega- ofreciera el swap a la mercantil demandante con la finalidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 del RD 2/2003, para informarle, como deudora hipotecaria que era con préstamos a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero en los términos en que se define por la STJUE antes citada, pues se ofreció el swap (bien es cierto que en varias modalidades) para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca a una sociedad mercantil cuyo administrador estaba interesado, en realidad, en un seguro de vida.

Esto último merece la consideración final de que presentar un swap como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés induce por sí mismo al error de quien recibe tal asesoramiento, porque en el contrato de seguro, ciertamente aleatorio, la pérdida para el tomador del seguro consistiría en seguir pagando la prima aunque los tipos de interés no subieran, mientras que en el swap la pérdida consiste en el pago de muy considerables cantidades de dinero si los tipos de interés bajan, lo que lo aleja de la estructura del contrato de seguro para aproximarla a otro contrato también aleatorio pero muy diferente como es el de apuesta.

OCTAVO.- Conforme al artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas a la parte recurrente, que además, conforme a lo previsto en el apartado 9 de la disposición adicional 15^a LOPJ, perderá el depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Banco Mare Nostrum, S.A. contra la sentencia dictada el 27 de marzo de 2012 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación nº .

2. E imponer las costas a la parte recurrente, que además perderá el depósito constituido.

Esta sentencia es firme.

Librese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Francisco Marín Castán.-José Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.