

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1051/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil**

Sentencia núm. 229/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 6 de abril de 2017.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.^º 285/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.^º 2 de Valencia; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la mercantil Jupejma S.L., representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Isabel Afonso Rodríguez; siendo parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña Cayetana Zulueta Luchsinger.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de la mercantil Jupejma S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Español de Crédito S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

« DECLARE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS SOBRE OPERACIONES FINANCIERAS SUSCRITOS ENTRE LAS PARTES EN FECHA 13 DE FEBRERO DEL 2007 CON REFERENCIA Nº 0030 1597 42 0016355473 POR IMPORTE NOMINAL DE 750.000.- € (DOCUMENTAL Nº 13 DE ESTA DEMANDA) POR APRECIAR VICIO DEL CONSENTIMIENTO, POR ERROR DE DOLO, acordando en consecuencia la restitución de las recíprocas prestaciones entre los contratantes, procediéndose a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados y que en adelante se sigan efectuando, por razón de los contratos que se anulan en la cuenta asociada a los mismos, de manera que la actora no devenga en acreedora ni deudora de la entidad bancaria demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

»Y todo ello con expresa condena en costas a la demandada, por ser preceptivo en derecho.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«...en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valencia, dictó sentencia con fecha 4 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO LA DEMANDA de juicio ordinario formulado por el procurador D. CARLOS E. SOLSONA ESPRIU en nombre de JUPEJMA, SOCIEDAD LIMITADA contra BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO), representado por el Procurador D. CARLOS FRANCISCO DIAZ MARCO, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos sobre operaciones financieras suscritos entre las partes, ahora litigantes, en fecha 13 de Febrero de 2007 con referencia nº 0030-1597-42-0016355473 por importe nominal de

3.100.000 €uros y con referencia nº 0030-1597-43-0019161473 por importe nominal de 750.000 €uros por apreciarse vicio del consentimiento por error y dolo, y debo acordar y acuerdo, en consecuencia, la restitución de las recíprocas prestaciones entre los contratantes, procediéndose a la anulación de todos los cargos abonados efectuados y que en adelante se sigan efectuando, por razón de los contratos que se anulan en la cuenta asociada a los mismos, de manera que la parte actora no devengue en acreedora ni deudora de la entidad bancaria demandada en virtud de las liquidaciones practicadas, con imposición de costas a la parte demandada.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por BANCO DE SANTANDER SA (ANTES BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA) contra la sentencia de 4-6-13 del Juzgado de Primera Instancia 2 de VALENCIA, que se REVOCA, y, en su lugar, se DESESTIMA la demanda interpuesta por JUPEJMA SL contra aquella entidad, absolviendo a la recurrente de los pedimentos de la misma, y no dando lugar a la nulidad contractual pretendida, con imposición al demandante de las costas de primera instancia, y sin expresa imposición de las de esta alzada. Se acuerda reintegrar al recurrente el depósito constituido para recurrir.»

TERCERO.- El procurador don Carlos Solsona Espriu, en nombre y representación de Jupejma S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Por esta Sala se dictó auto de fecha 16 de noviembre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal.

El recurso de casación se desarrolla en un solo motivo que se formula por la vía del ordinal 3.^º del artículo 477.2 LEC y denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, en su texto vigente con anterioridad a 2007, de los artículos 5 del anexo del RD 629/1993, del artículo 9 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, en relación con las Directivas 2004/39/CE, en particular su artículo 19, y la Directiva 2006/73/CE, en particular su artículo 31, y de los artículos 1265 y 1266 CC.

CUARTO.- Dado traslado a la parte recurrida, se opuso a su estimación Banco de Santander S.A., representado por la procuradora Cayetana de Zulueta Luchsinger. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de

vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 21 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por JUPEJMA S.L. se formuló demanda, con fecha 14 de Febrero de 2011, contra Banco Español de Crédito S.A. (hoy Banco Santander) ejercitando acción de nulidad por error en el consentimiento y por dolo, respecto de dos contratos «swap», suscritos en fecha 13 de febrero y 27 de abril de 2007, habiendo sustituido el primero a otros dos contratos de permuta financiera anteriores, con fundamento en los artículos 1261, 1265 y 1269 CC, la Ley de Mercado de Valores 24/1988, el RD 629/1993, la Directiva 2004/39/CE MIFID que refuerza la protección de los inversores y consumidores de productos bancarios, la Ley 47/2007, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Alegaba la parte demandante que los contratos iniciales y, sobre todo, su novación y sustitución se habían propuesto por el banco incumpliendo las obligaciones de información que impone la normativa bancaria y del mercado de valores, haciendo creer al cliente que estaba contratando un seguro frente a la variabilidad de los tipos de interés, cuando en realidad lo que se le puso a la firma fueron sendos contratos de permuta financiera de tipos, con un componente aleatorio e imprevisible esencial, del que no se había informado en absoluto, y que no cumplía con esa finalidad de cobertura que le habían transmitido los empleados del banco.

Se solicitaba, en definitiva, que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de los contratos sobre operaciones financieras de fecha 13 de Febrero de 2007 y 27 de Abril de 2007, con restitución de las recíprocas prestaciones entre los contratantes, procediéndose a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados y que en adelante se sigan efectuando por razón de los contratos que se anulan en la cuenta asociada a los mismos, con imposición de costas a la demandada.

La entidad demandada se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Valencia dictó sentencia de fecha 4 de junio de

2013 por la que estimó la demanda, declarando la nulidad de los referidos contratos, con restitución de las recíprocas prestaciones en los términos solicitados por la parte demandante.

Recurrió en apelación Banco de Santander S.A. y la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9.^a) dictó sentencia de fecha 18 de febrero de 2014 por la que estimó el recurso, revocó la sentencia impugnada y absolió a la parte recurrente, con imposición de costas de primera instancia a la entidad demandante.

La sentencia de apelación afirma que «no es de aplicación, por no estar vigente, la exigencia en cuanto a la realización de test de conveniencia o idoneidad del contratante, por haberse suscrito el primer clip- respecto del que nada se solicita- en 2005 y un segundo en 2006, omitido en cuanto a todos los efectos en la demanda, que es el que sirve de antecedente al reestructurado en febrero de 2007, que es el primero de los que sí son objeto del presente procedimiento. El segundo contrato, del que se pide la anulación, está suscrito en abril de 2007». Refiere que la presente demanda es muy posterior al inicio de efectos del contrato, pues se produce cuando aparecen las primeras liquidaciones negativas. En cualquier caso, destaca que, con la propia demanda, se aporta un documento informativo extenso -documento 7- que es una guía informativa interna de la entidad demandada. La mera lectura del documento - aunque los ejemplos sean positivos para la empresa contratante- pone de relieve, según la Audiencia, que el escenario posible era tanto de recepción de importes como de pago a la entidad bancaria, según subieran o bajaran los tipos de interés, aunque los dos ejemplos numéricos se refieran tan sólo a escenario de subida, en línea con lo que, en ese momento, resultaba usual.

Añade, en cuanto al perfil del contratante, que en el caso de la demandante se trata de empresa con alto volumen negocial, que desarrolla su actividad en el ámbito inmobiliario, aunque los socios sean familiares directos y, por ello, estaba acostumbrada al control de la evolución de tipos de interés, fundamental en el ámbito de compraventas con tipos variables. Consta además que, como colaborador en la empresa se hallaba una persona con amplia experiencia como antiguo empleado de la propia entidad bancaria

demandada, que llevaba la contabilidad y a quien, obviamente, no podían pasar inadvertidos los cargos o abonos por el producto en cuestión.

También señala la sentencia que «No es aceptable, conforme lo expresado anteriormente, como argumento en que fundamentar la inexcusabilidad del error, el relativo a la falta de lectura o firma sin entendimiento bastante, que revelaría, muy al contrario, una actitud negligente en el propio administrador, no compatible, tampoco, con la forma de actuación que se atribuye a la Sra. Es más, esta afirmó no haber leído ni solicitado aclaración de los posteriores contratos firmados porque le quedó claro el primero y por esto entendió que los sucesivos eran continuación de aquel. En definitiva, consideramos tampoco acreditado error determinante de vicio en el consentimiento, dada la existencia de información bastante, y especialmente, de dos contratos precedentes, por lo que el recurso, en tal sentido, debe prosperar».

Contra dicha sentencia se ha admitido a la demandante el recurso de casación que ha interpuesto.

SEGUNDO.- El único motivo de recurso se refiere a la vulneración del artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, en su texto vigente con anterioridad a 2007, de los artículos 5 del anexo del RD 629/1993, del artículo 9 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, en relación con las Directivas 2004/39/CE, en particular su artículo 19, y la Directiva 2006/73/CE, en particular su artículo 31, y de los artículos 1265 y 1266 CC, en relación con la jurisprudencia de esta sala recogida en sentencias 244/2013, de 18 abril, y 840/2013, de 20 enero, sobre el deber de información.

En relación con dicho deber de información, esta sala ha declarado reiteradamente, tanto en las sentencias que se citan como en las que se mencionan a continuación, que antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a los productos que pudieran presentar una cierta complejidad. El deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debía haber evaluado que en atención a sus necesidades era lo que más le convenía. A lo sumo, la

inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

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

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

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

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes –que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Como afirma la sentencia 677/2016, de 16 noviembre, «el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba

necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

Pues bien, basta examinar el documento expedido por la entidad bancaria, aportado con la demanda (doc. N.º 7), que se refiere a «Estrategia de tipo de interés» para comprobar la defectuosa información facilitada a la demandante, de la que cabe deducir el error sufrido por dicha parte, al no haber sido contrarrestada dicha presunción con una prueba adecuada por la parte demandada que acredite que, pese a ello, la entidad demandante era consciente del riesgo económico que asumía. Han de ser destacados los siguientes datos de singular importancia: a) En el enunciado del documento se dice lo siguiente: «Protéjase de las posibles subidas de tipos de interés a tipos inferiores a los de mercado»; b) Al final de la misma página, con tipo de letra muy inferior y casi ilegible, se dice «importante» y se refiere a los perjuicios derivados de la cancelación anticipada de la operación; y c) Cuando se formulan ejemplos de liquidación (pág. 3) se plantean dos, pero en ambos casos con una liquidación positiva para el cliente sin incluir algún caso en que la liquidación pudiera resultar negativa.

De ello se deduce que tal información no cumple con los requisitos de claridad, precisión y corrección que exigía la normativa aplicable, por lo que era susceptible de dar lugar a error por parte del cliente, lo que -como se ha afirmado- deriva la carga probatoria a la entidad bancaria para demostrar que, pese a dicha información defectuosa, existen datos suficientes para entender que no existió tal error; carga que no ha sido cumplida.

Por ello el recurso ha de ser estimado, casando la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia.

TERCERO.- La estimación del recurso comporta que no se formule condena respecto de las costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) y proceda la devolución del depósito constituido para su interposición (Disposición Adicional 15.º, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial).



F A L L O

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Jupejma S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 4.^a) de fecha 18 de febrero de 2014, en Rollo de Apelación n.^º 811/13 dimanante de autos de juicio ordinario n.^º 285/2011 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.^º 2 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la hoy recurrente contra Banco Santander S.A.

2.º- Casar la sentencia recurrida.

3.º- Confirmar la sentencia dictada en primera instancia.

4.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, devolviéndose a la recurrente el depósito constituido para su interposición.

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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA