



Roj: **STS 577/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:577**

Id Cendoj: **28079110012017100104**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2017**

Nº de Recurso: **2442/2013**

Nº de Resolución: **107/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2461/2013,**
STS 577/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.º, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo. El recurso fue interpuesto por la entidad Construcciones Marinelli, S.A., representada por el procurador José Ignacio de Noriega Arquer. Es parte recurrida las entidades Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A., representadas por la procuradora Ana Caro Romero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Eugenio Alonso Ayllón, en nombre y representación de la entidad Construcciones Marinelli, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo, contra las entidades Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se declare la nulidad radical del contrato marco de operaciones financieras y confirmación de operación de equity swap, de fechas 19 y 30 de noviembre de 2007, respectivamente y, por tanto, de forma consecuente, con restitución de las prestaciones entre las partes, derivada de la nulidad de los contratos que se solicitan, más los intereses y costas procesales, debiendo, ser condenada la demandada al pago de las siguientes cantidades:

a) La que deba ser objeto de restitución a mi mandante, tras declararse la nulidad del contrato, por importe de 228.601,91 ? y ello tras descontar la parte que corresponde restituir por ésta a las demandadas, y ello en concepto de principal.

b) La que resulte en concepto de interés legal que devengue la expresada cantidad, desde la fecha en la que se detrajo dicha cantidad de las cuentas de mi mandante hasta sentencia, y el interés legal más dos puntos desde esta hasta su efectivo pago;

c) Las costas causadas y que se causen en este procedimiento».



2. La procuradora María Angeles Pérez-Peña del Llano, en representación de las entidades Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente todos los pedimentos formulados de contrario y se absuelva a mis mandantes, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimo la demanda formulada por el procurador de los tribunales Sr. Alonso Ayllón, en nombre y representación de la mercantil "Construcciones Marinelli, S.A.", frente a Caja Rural de Asturias SCC y Banco Cooperativo Español, S.A. y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 19 de noviembre de 2007 y, en consecuencia, condeno a las demandadas a que reintegren a la actora la cantidad de 228.601,91 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha en que se detrajo dicha cantidad de la cuenta de la demandante y hasta su completo pago.

Con imposición de las costas a la parte demandada».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimando el recurso de apelación interpuesto revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo en fecha 22-4-13 y desestimamos la demanda interpuesta por Construcciones Marinelli, S.A. contra Caja Rural de Asturias SCC y Banco Cooperativo Español S.A., sin imposición de costas de ninguna de las instancias del proceso».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Eugenio José Alonso Ayllón, en representación de la entidad Construcciones Marinelli S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 1311 en relación con el art. 1309 del Código Civil y con la doctrina de los actos propios».

2. Por diligencia de ordenación de 29 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente, la entidad Construcciones Marinelli, S.A., representada por el procurador José Ignacio de Noriega Arquer; y como parte recurrida las entidades Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A., representadas por la procuradora Ana Caro Romero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Construcciones Marinelli, S.A. contra la sentencia dictada, el día 24 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 254/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 938/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Oviedo».

5. Dado traslado, la representación procesal de las entidades Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito y Banco Cooperativo Español S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.



Construcciones Marinelli, S.A., en el marco de un CMOF, concertó un contrato de permuta financiera (swap) emitido por Banco Cooperativo Español, S.A. y comercializado por Caja Rural de Asturias, SCC., el 30 de noviembre de 2007. El notional del swap era 3.500.000 euros. El plazo de duración 4 años. Las liquidaciones anuales, cada 14 de diciembre. La primera liquidación, del 14 de diciembre de 2008, dio un saldo positivo para el cliente de 16.662,82 euros. Las otras tres restantes liquidaciones resultaron negativas: -31.389,94 euros el 2009, -112.029,65 euros el 2010 y -101.845,14 euros el 2011.

2. Una vez concluida la duración del contrato, el 16 de noviembre de 2012, Construcciones Marinelli, S.A. interpuso una demanda de nulidad del contrato de permuta financiera por error vicio en el consentimiento, pues no fue suficientemente informada de las características del producto y de los concretos riesgos que entrañaba.

3. La sentencia de primera instancia, después de desestimar la excepción de caducidad de la acción, estimó la demanda, al apreciar el defecto de información sobre los elementos esenciales del producto, que provocó el error vicio en el consentimiento. Por ello acordó la nulidad por error vicio y condenó a las entidades demandadas a restituir el saldo de las liquidaciones practicadas (228.601,91 euros).

4. Recurrída en apelación la sentencia, la Audiencia estimó el recurso de apelación al entender que había habido una confirmación del negocio, pues la acción se había interpuesto una vez concluida duración del contrato, y después de que hubiera habido tres liquidaciones anuales negativas.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Construcciones Marinelli, S.A., sobre la base de un único motivo, que afecta a la confirmación del negocio apreciada por la Audiencia.

Las entidades demandadas se oponen a la admisión del recurso de casación porque no está correctamente justificado el interés casacional, pues las sentencias invocadas no resultan de aplicación al presente caso. Como veremos a continuación, cuando resolvamos el motivo, el recurso aduce que ha existido una infracción del art. 1311 CC, relativo a la confirmación de los negocios anulables, y de la jurisprudencia que lo interpreta, y existe una doctrina jurisprudencial muy clara que en supuestos parecidos niega que haya podido haber confirmación. Por lo que, aunque no fuera muy acertada la selección de las sentencias, con posterioridad a la formulación del recurso se ha consolidado un cuerpo jurisprudencial claro que no puede obviarse cuando se funda el interés casacional en la contradicción de la jurisprudencia.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo único.* El motivo se funda en la infracción del art. 1311 CC, en relación con el art. 1309 CC, y la jurisprudencia sobre los actos propios, al haber apreciado la sentencia recurrida que el negocio respecto del cual se había pedido la nulidad por error vicio había sido confirmado por el deudor al dejar pasar varias liquidaciones negativas y la propia terminación del contrato, sin haber interesado la nulidad.

El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo. Jurisprudencia sobre la confirmación del contrato que adolece de un vicio de anulabilidad*

La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, ha sido compendiada en la reciente sentencia 691/2016, de 23 de noviembre.

En esta sentencia, se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio:

«Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda



vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC».

La sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también recuerda que la «confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil». Y cita la sentencia 924/1998, de 14 de octubre, al tratar un pretendido consentimiento *ex post*:

«En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el *art. 1262 CC*, según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado.

»Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

Por otra parte, no podemos perder de vista que, como hemos declarado en otras ocasiones, «[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración» (sentencias 535/2015, de 15 de octubre, y 691/2016, de 23 de noviembre).

De acuerdo con esta doctrina, en un supuesto similar al presente, pues el cliente ejercitó la demanda de nulidad por error vicio después de que hubiera dado cumplimiento al contrato, en la citada sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, concluimos que no había habido confirmación, con un razonamiento que es aplicable en el presente caso:

«Que la recurrente tuviera voluntad cumplidora y, sin perjuicio de ello, una vez agotado el contrato y apercibida del error vicio, ejercitara la acción de nulidad, no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación del contrato viciado. Antes al contrario, lo que evidencia es la buena fe contractual de la demandante y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado.

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el *art. 1311 CC*».

Tampoco en el presente caso cabía inferir una confirmación del contrato viciado por error en el consentimiento, de la circunstancia de que hubiera esperado para ejercitar la acción a la terminación del contrato y que hubiera asumido tres liquidaciones negativas. Como concluimos en el precedente citado, del comportamiento seguido por el cliente no cabe concluir que pretendiera convalidar el consentimiento erróneamente prestado.

En consecuencia, procede estimar el motivo, casar la sentencia y asumir la instancia.

TERCERO. *Sobre los deberes de información y su incidencia en el error vicio*

1. El contrato de permuta financiera objeto de litigio se concertó el 30 de noviembre de 2007, por lo tanto, antes de que se incorporara la normativa MiFID con la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el *art. 79 bis.3 LMV*), como en la pre MiFID (el *art. 79 LMV* y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre].



2. En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, las entidades financieras demandadas (Caja Rural de Asturias, por cuenta Banco Cooperativo Español) estaban obligadas a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Construcciones Marinelli, S.A.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

Como ha dejado constancia la sentencia de primera instancia, y no ha contradicho la Audiencia, no queda probado que la entidad financiera hubiera explicado los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés y el coste efectivo que ello podía suponer para el cliente. A este respecto, la información contenida en el contrato resulta insuficiente y a la entidad financiera se le exigía una actividad positiva en la fase precontractual, de la que no queda constancia. Existen testimonios contradictorios del legal representante de la demandante y de una empleada de la entidad financiera, que no fue la que negoció el producto, sin que la demandada hubiera llamado a testificar al empleado que sí intervino directamente. En este caso concreto el testimonio de esa empleada de la demandada, a la vista de lo manifestado por el administrador de la demandante, no consigue generar la convicción en el tribunal de que hubieran sido explicados los concretos riesgos del swap antes de contratarlo.

3. La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

4. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como



ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

5. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

De este modo, en nuestro caso, opera la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

Por todo ello, procedía la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

CUARTO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).
2. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Cooperativo Español, S.A. y Caja Rural de Asturias, SCC, imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 LEC).

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 la representación de Construcciones Marinelli, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 24 de septiembre de 2013 (rollo 254/2013), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Cooperativo Español, S.A. y Caja Rural de Asturias, SCC contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo de 22 de abril de 2013 (juicio ordinario 938/2012), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.