



Roj: **STS 643/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:643**

Id Cendoj: **28079110012017100113**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **2617/2013**

Nº de Resolución: **118/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15404/2013,**
STS 643/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 23 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 Madrid, sección 25.^a, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Navalcarnero. El recurso fue interpuesto por la entidad Sacapi S.L., representada por la procuradora Lorena Martín Hernández. Es parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A. (antes Banco de Andalucía S.A.), representada por el procurador Juan José Martínez Cervera.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador David Toboso Pizarro, en nombre y representación de la entidad Sacapi, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Navalcarnero, contra la entidad Banco de Andalucía S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés, de fecha 9/03/2007 y nº 00004-03304-263-0000014, debiendo procederse a la total anulación de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de dicho contrato, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada y con todo cuanto además sea procedente en derecho».

2. El procurador Juan José Martínez Cervera, en representación de la entidad Banco Popular Español S.A. (anteriormente Banco de Andalucía S.A.), contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente dicha demanda con imposición a los demandantes de las costas procesales causadas».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Navalcarnero dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que debo estimar la demanda formulada por el procurador de los tribunales Sr. Toboso Pizarro, en nombre y representación de la mercantil Sacapi S.L. frente a la mercantil Banco de Andalucía S.A. y, por ello:

1.- Debo declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés-swap de fecha 9 de marzo de 2007 con número 0004-03304-263-0000014, debiendo el Banco de Andalucía S.A. a anular las partidas de



cargo y abono efectuadas en la cuenta asociada a dicho contrato con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de dicho contrato.

2.- De igual forma vendrá obligada la demandada a abonar el interés legal del dinero de la cantidad que deba ser restituida, desde la fecha de interposición de la demanda.

Y todo ello con expresa condena en costas».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Popular Español S.A. (anteriormente Banco de Andalucía S.A.).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 4 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Popular S.A. frente a la sentencia de 24 de julio de 2012, dictada en el juicio ordinario nº 282/2011, del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Navalcarnero, en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar la indicada resolución judicial y desestimar la demanda.

2) No procede imponer a las partes las costas procesales causadas en ambas instancias.

3) Se acuerda el reintegro a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Lorena Martín Hernández, en representación de la entidad Sacapi S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, art. 16 del RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y arts. 1, 2, 4 y 5 del Anexo del RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y art. 4:103 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, así como la jurisprudencia que interpreta los preceptos anteriores. Se invoca expresamente el art. art. 6.3 del Código Civil y art. 1261 del mismo cuerpo legal».

2. Por diligencia de ordenación de 18 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.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 Sacapi S.L., representada por la procuradora Lorena Martín Hernández; y como parte recurrida la entidad Banco Popular Español S.A., representada por el procurador Juan José Martínez Cervera.

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

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sacapi, S.L. contra la Sentencia dictada el 4 de octubre de 2013 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) en el rollo n.º 48/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 282/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Navalcarnero».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Popular 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 8 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, tal y como fueron expuestos por la sentencia recurrida.

El día 9 de marzo de 2007, la sociedad Sacapi, S.L. suscribió con Banco de Andalucía (hoy, Banco Popular), un contrato de permuta financiera de tipos de interés sobre un nominal de 1.999.000 euros. La duración del



contrato iba del 5 de marzo de 2008 al 5 de marzo de 2013. El Banco se comprometía a pagar el Euribor a 12 meses y Sacapi el tipo fijo de 4,402%.

El producto fue ofrecido por el propio banco, para cubrir los riesgos que el cliente tenía respecto del interés variable de un préstamo hipotecario. La solicitud aportada a los autos lleva la misma fecha que el contrato.

Las primeras liquidaciones negativas provocaron las quejas de la demandante.

2. Sacapi formuló una demanda contra Banco de Andalucía donde pedía la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de 9 de marzo de 2007 porque había sido prestado el consentimiento con error vicio, al haberse ofrecido el producto como un seguro para evitar los riesgos del interés variable del préstamo hipotecario que tenía concertado. En última instancia denuncia el incumplimiento de los deberes de información que se contenían en el art. 79 LMV y el RD 629/1993, que habría provocado el error vicio. Además de la declaración de nulidad, la demanda solicitaba la ineficacia de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta de la demandante y la condena a restituir las cantidades correspondientes.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció error en el consentimiento, declaró la ineficacia de las partidas de cargo y abono efectuadas en la cuenta de la demandante y ordenó la restitución de las cantidades percibidas.

4. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido error vicio en el consentimiento prestado para la contratación de los dos swaps.

La Audiencia analiza la prueba practicada y entiende que, ante las declaraciones contradictorias del administrador de la demandante y de los empleados del banco que intervinieron en la operación, el único elemento objetivo para valorar el cumplimiento de los deberes de información es el propio contrato. De su lectura entiende que el administrador de la demandada tuvo que estar correctamente informado de las características del producto:

«Así pues, la parte demandada ofreció a la actora información suficiente sobre la naturaleza del producto contratado. Dicha información resulta, a nuestro juicio, de la propia prueba documental aportada por la sociedad actora, que le fue facilitada por la contraparte mediante la suscripción del producto financiero, en el que como hemos dicho, después del estudio de la amplia documental actora y de la testifical practicada en el acto del juicio, se explica el funcionamiento del objeto contratado, siendo así que las liquidaciones que respecto a la misma han sido aportadas a los folios 64 a 68 de autos responden a ese funcionamiento descrito sobre los riesgos que comportaba la inversión, que se referían en la documentación complementaria, folios 69 a 85, siendo preciso la liquidación del coste de cancelación, antes de que se pudiera resolver, según se expresó en el documento unido al folio 60 de autos. Pudiéndose generar pérdida como consecuencia de la fluctuación de los factores de riesgo de los que dependía el valor de la inversión, así como el relativo a los tipos de interés, o riesgo derivado de las variaciones en los tipos de interés de mercado que afectasen al rendimiento de las inversiones y por ello consideramos que las obligaciones de información fueron cumplidas, según ha quedado expuesto».

Y añade que de existir error, sólo sería imputable al administrador de la demandante, «por no haber accedido a la debida información por sus asesores internos o externos no habiendo tenido la diligencia adecuada a un buen comerciante para la contratación de productos de riesgo».

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en un único motivo.

El banco recurrido aprovecha el trámite de oposición al recurso para pedir su inadmisión, porque entiende que no se ha infringido ninguno de los artículos mencionados en el recurso. Esta objeción debe ser analizada al examinar la procedencia del motivo de casación, y no con carácter previo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *For mulación del motivo.* El motivo se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con el art. 79 LMV, el art. 16 RD 629/1993, de 3 de mayo, y los arts. 1, 2, 4 y 5 del anexo del reseñado RD 629/1993.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del recurso.* La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a un contrato de permuta financiera de tipos de interés, concertado el 9 de marzo de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

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].

3. 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 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, la entidad financiera demandada (Banco de Andalucía) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Sacapi) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia, a pesar de que no declara probado que hubiera habido una información precontractual suficiente sobre las características del producto y sus concretos riesgos, entiende que la información contenida en el contrato era suficiente para conocer las características del producto y, sobre todo, cómo operaba.

Frente a esta apreciación de la Audiencia, conviene recordar que, como hemos declarado en otras ocasiones, estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, y en el presente lo era, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril; 769/2014, de 12 de enero; y 489/2015, de 16 de septiembre). Además, no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino también de los concretos riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, como la habida a partir del 2009, de lo que no queda constancia que fuera informado el cliente.

4. La existencia de los reseñados especiales deberes de información y su incumplimiento tienen una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, 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»



5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como la permuta financiera de tipos de interés contratada por la 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 las sociedades recurrentes, en cuanto que 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.

Es lógico que el cliente no cayera en la cuenta de aquellos riesgos hasta que recibió liquidaciones consiguientes a la bajada drástica de los intereses.

6. 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, debía operar 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.

7. La estimación del recurso de casación provoca que casemos la sentencia de apelación, cuya parte dispositiva dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por Banco de Andalucía (Banco Popular) y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

TERCERO. 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 Popular Español, S.A., 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 Sacapi, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25ª) de 4 de octubre de 2013 (rollo núm. 48/2013), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas, con devolución del depósito constituido para recurrir. 2.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Popular Español, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Navacarnero de 24 de julio de 2012 (juicio ordinario 282/2011), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ