



Roj: **STS 2258/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2258**

Id Cendoj: **28079110012017100350**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **302/2014**

Nº de Resolución: **363/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5272/2013,**
STS 2258/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 570/2013 por la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 633/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don José Joaquín Alario Mont en nombre y representación de la mercantil Agrocoral S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Soledad Vallés Rodríguez en calidad de recurrente y el procurador don Francisco José Abajo Abril en nombre y representación de Bankia S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Javier Barber París, en nombre y representación de la mercantil Agrocoral S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don José M.^a Davó Escrivá contra Bankia S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1 - Declarar la nulidad de pleno derecho o inexistencia del contrato de permuta financiera de tipos de interés, suscrito, de un lado, por don Jose Carlos, en representación de AGROCORAL, SA, y, del otro, por doña Clemencia y don Juan Antonio, en nombre de BANKIA, SA, y que consta en los DOCUMENTOS CUATRO Y CINCO de la presente demanda, por concurrir error en el consentimiento prestado por la actora, a; causa del incumplimiento de los deberes legales de información correspondientes la entidad demandada, y también por la ausencia de causa contractual que lo justifique. 2.- Condenar a BANKIA, SA, a estar y pasar por la anterior declaración.

»3.- Declarar que las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que la declaración de nulidad del contrato de *swap* solicitada conlleva, condenando por tanto a BANKIA, SA, a abonar a AGROCORAL, SA, la cantidad de CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (491.819,99 €) en concepto de principal, más los correspondientes intereses legales.

»4.- Imponer a la entidad bancaria demandada las costas procesales causadas en la presente instancia, en virtud del principio del vencimiento».



SEGUNDO .- El procurador don Javier Roldán García, en nombre y representación de Bankia S.A., y asistido de la letrada doña Patricia Gualde Capó, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Desestime íntegramente la demanda presentada por Agrocoral S.L., frente a Bankia S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valencia, dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO como desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de AGROCORAL S.A, contra BANKIA S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión en su contra ejercitada, sin hacer imposición al actor de las costas procesales causadas a la demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Agrocoral S.A., contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Valencia en autos de juicio ordinario n.º 633/12, confirmando dicha resolución con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante y con pérdida por ésta del depósito constituido para recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Agrocoral S.A, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2.º LEC, infracción del artículo 217 de LEC . Segundo.- Infracción del artículo 218 LEC en relación con el artículo 24.1 y 120 C .E. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción de los artículos 79 y siguientes LMV en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo . Segundo.- Infracción de los artículos 1261 , 1265 Y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia. Tercero.- Infracción de los artículos 1309 , 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil en relación con el artículo 1261 del mismo texto legal en cuanto a los actos propios y convalidación/confirmación de los contratos. Cuarto.- Infracción del artículo 5.6 del Anexo. Código General de Conducta de los Mercados de Valores del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo . Quinto.- Necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de los artículos 1261 y siguientes del Código Civil en relación con los artículos 78 , 79 y siguientes LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó la admisión del recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de Bankia S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) por error vicio en el consentimiento prestado.

Dicho contrato de permuta financiera fue anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.

II) Tanto el contrato marco de operaciones financieras (CMOF), como el documento de confirmación de la permuta financiera, contenían una caracterización genérica del producto, con referencia a un sistema de liquidaciones abierto para el cliente en relación a «importes fijos» y a «importes variables».

III) El documento de confirmación contemplaba una declaración, también genérica, de los riesgos inherentes a la operación y del conocimiento de las partes acerca de los mismos.



IV) Los correos electrónicos de la entidad bancaria relativos a la preconfirmación y confirmación de la operación no contenían información adicional acerca del funcionamiento del producto y de los riesgos asociados al mismo.

3. En síntesis, la entidad Agrocoral S.A., cliente de Bancaja (más adelante, Bankia), tenía concertados con dicha entidad bancaria dos contratos de leasing inmobiliario. El primero de ellos, con fecha de 11 de marzo de 2004 (modificado el 15 de junio de 2005), y el segundo con fecha de 17 de noviembre de 2006; por un importe global algo superior a los 11 millones de euros.

El 19 de julio de 2007, la entidad bancaria ofertó la contratación de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y de un contrato de permuta financiera denominado «interest rate swap». Dicha permuta financiera de tipos de interés se suscribió por un importe de 8 millones de euros, con fecha de inicio de 1 de noviembre de 2007 y con vencimiento el 1 de noviembre de 2010.

La ejecución del producto financiero comportó liquidaciones negativas por importe de 502.109,10 euros, frente a liquidaciones positivas por importe de 10.289,11 euros.

4. En este contexto, la entidad Agrocoral S.A. presentó una demanda contra la entidad financiera en la que solicitaba la nulidad del contrato de permuta financiera por error vicio en el consentimiento prestado, junto con la correspondiente restitución de las prestaciones realizadas.

La entidad financiera se opuso a la demanda y solicitó su absolución.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que el cliente no había acreditado que sufrió un error invalidante, en particular que firmase un contrato de seguro sin coste alguno. Asimismo, destacó que pagó las liquidaciones negativas y que formuló su reclamación cuando el producto estaba ya vencido.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. En síntesis, y en la línea de argumentación de la sentencia de primera instancia, consideró que la información suministrada por la entidad financiera no era engañosa respecto del objeto del contrato que no se trataba de un seguro, sino de un intercambio de tipos de interés. De forma que la información suministrada, tanto en los correos de confirmación, como en los referidos contratos, resultaba suficiente, con exposición de las características del producto y de los tipos de interés y con una declaración del conocimiento de los riesgos de la operación por las partes. A su vez, destacó que el pago de las liquidaciones negativas y la reclamación tardía del cliente, al término de la vigencia del producto financiero, constituía una confirmación de la operación celebrada.

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contrato de permuta financiera anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial sobre confirmación de permutas financieras.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en cinco motivos.

2. En el motivo primero y segundo del recurso, la recurrente denuncia la infracción del artículo 79 y ss. de la LMV en relación con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, así como la infracción del artículo 48. 2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio. Todo ello con relación a la infracción de los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta.

3. Los motivos deben ser estimados.

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).



4. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos, ni con la mera firma o suscripción de los mismos.

En este sentido, 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. 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.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.^a núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio. No se trata de que Bancaja pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa; suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

La omisión de este deber no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- 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.

A su vez, este deber que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error. 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.

5. En el motivo tercero, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1309 , 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil en relación con el artículo 1261 del mismo texto legal . Argumenta que el pago de las liquidaciones negativas, que comportaba la ejecución de la permuta financiera, no supuso ni una confirmación tácita de la misma, ni tampoco un acto propio en dicho sentido.

6. El motivo debe ser estimado.

La sentencia recurrida, al considerar que los referidos actos son constitutivos de una confirmación tácita del cliente, subsanadora del error vicio en el consentimiento otorgado, se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala relativa a la confirmación de los contratos de permuta financiera.

En la sentencia 503/2016, de 19 julio , tenemos declarado lo siguiente:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero .

»Como decíamos en dicha sentencia, 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, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, 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.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen 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».

En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también hemos declarado que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 1310, 1311 y 1313 del Código Civil.

7. La estimación de los anteriores motivos comporta la estimación del recurso de casación, sin que resulte necesario entrar en el examen de los restantes motivos del recurso.

8. Habida cuenta de que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala, en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación de la demandante y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, con estimación de la demanda interpuesta.

TERCERO.- Costas y depósito.

1. La estimación del recurso casación comporta que no se haga expresa imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la demandante, Agrocoral S.A., por lo que no cabe hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

3. A su vez, la estimación del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación de la demanda, por lo que procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandada, Bankia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC.

4. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición 15.ª LOPJ.

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

esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Agrocoral S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 16 de diciembre de 2013, por la O bien Provincial de Valencia, sección 9.ª, en el rollo de apelación núm. 570/2013, que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia estimamos el recurso de apelación de la demandante, Agrocoral S.A. y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia, de 15 marzo de 2013, dictada en el juicio ordinario núm. 633/2012, en el sentido de estimar la demanda. Por lo que declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera «interest rate swap» suscrito por las partes el 19 de julio de 2007, con fecha de inicio de 1 de noviembre de 2007 y fecha de vencimiento el 1 de noviembre de 2010; con la restitución recíproca de las prestaciones realizadas y con sus intereses legales desde la fecha de pago. **2.** No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. **3.** No procede hacer expresa imposición de costas de la apelación a la parte demandante apelante. **4.** Condenamos a la parte demandada a las costas de primera instancia. **5.** Procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro José Vela Torres