



Roj: **STS 2261/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2261**

Id Cendoj: **28079110012017100353**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **2667/2013**

Nº de Resolución: **362/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 4408/2013,**  
**STS 2261/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm 3 de Paterna. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Energies Renovables del Maestrat S.L.U., representada por el procurador José Andrés Cayuela Castillejo. Es parte recurrida la entidad Bankia S.A., representada por el procurador Francisco José Abajo Abril.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Carlos E. Solsona Espriu, en nombre y representación de las entidades Energies Renovables del Maestrat S.L.U. y Planta Fotovoltaica Zahorí V, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Paterna, contra la entidad Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja (actualmente Bankia), para que se dictase sentencia:

«por la que se declare la nulidad y/o subsidiariamente la resolución contractual, de acuerdo con lo expuesto en la fundamentación jurídica, de los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos, y condene a la demandada a la devolución de 27.081,75 euros a Energies Renovables del Maestrat S.L.U. y a Planta Fotovoltaica Zahorí V, S.L., 47.176,43 euros, cantidades resultante de sumar todos los cargos liquidados hasta la fecha, y todas aquellas que haya de efectuarse hasta la fecha de rescisión y/o resolución del contrato más los intereses correspondientes devengados desde la fecha de liquidación de cada una de las cuotas satisfechas, con expresa imposición de costas procesales».

2. El procurador Javier Roldán García, en representación de la entidad Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja (actualmente Bankia), contestó a la demanda, y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la demanda presentada por la mercantil Energies Renovables del Maestrat S.L.U. y Planta Fotovoltaica Zahorí V, S.L. frente a Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, hoy Bankia, con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Paterna dictó sentencia con fecha 11 de enero de 2013, con la siguiente parte dispositiva:



«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil "Energies Renovables del Maestrat, SLU" y la mercantil "Planta Fotovoltaica Zahori V, SL", representadas por el procurador D. Carlos Eduardo Solsona Espriu, contra la mercantil "Bankia SAU", representado por el Procurador D. Javier Roldan García, debo declarar como declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre la entidad Bankia y Energies Renovables del Maestrat SLU en fecha de 31 de julio de 2008 y con Planta Fotovoltaica Zahorí V, SL en fecha 8 de agosto de 2008, y debo condenar a la demandada a que restituya a Energies Renovables del Maestrat SLU en la cantidad de 36.467,92 euros y a Planta Fotovoltaica Zahorí V SL en la cantidad de 62.995,98 euros, a tenor de las liquidaciones producidas y las que se pudieran llegar a realizar hasta la ejecución de la sentencia, más el interés legal desde la interposición de la demanda. Con expresa condena en costas en la presente instancia a la parte demandada».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankia S.A.
2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de Bankia S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 3 de Paterna de 11 de enero de 2012, que revocamos en el sentido de desestimar la demanda promovida por la representación de la entidad Energies Renovables del Maestrat SLU contra Bankia, a la que absolvemos de los pedimentos contra ella deducidos en relación al contrato suscrito entre las partes en fecha 29 de julio de 2008. Confirmamos la resolución de instancia en los demás pronunciamientos.

Respecto de las costas procesales de la primera instancia y de la apelación, cada una de las partes soportará las causadas por su intervención en el proceso y las comunes por mitad.

Se acuerda la restitución del depósito constituido para apelar».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. El procurador Carlos Eduardo Solsona Espriu, en representación de la entidad Energies Renovables del Maestrat SLU, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 338 LEC, en relación con los arts. 426.5, 265.4 y 281 LEC y del art. 24.2 de la Constitución.

2º) Infracción del art. 218.1 y 3 LEC y art. 24.1 de la Constitución.

3º) Infracción del art. 218.2 LEC en relación con los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución.

4º) Infracción del art. 24.1 y 9.3 de la Constitución Española».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los apartados 3, 4 y 7 del art. 79 bis LMV, en relación con el art. 78 bis LMV y el art. 79 bis 8 a) LMV en relación con el art. 2.2 LMV. E infracción de los arts. 60, 62, 64, 72, 73 y 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero.

2º) Infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 244/2013.

3º) Se alega doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la valoración de los perfiles e importancia de la falta de test de conveniencia.

3º) (sic) Infracción de los arts. 1261, 1265 y 1266 del CC».

2. Por diligencia de ordenación de 26 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 Energies Renovables del Maestrat S.L.U., representada por el procurador José Andrés Cayuela Castillejo; y como parte recurrida la entidad Bankia S.A., representada por el procurador Francisco José Abajo Abril.

4. Por decreto de 28 de diciembre se declaró desistido el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la entidad Energies Renovables del Maestrat S.L.U.



5. Esta sala dictó auto de fecha 25 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Energías Renovables del Maestrat, S.L.U. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 19 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el rollo de apelación n.º 296/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 556/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Paterna».

6. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankia S.A., presentó escrito de oposición al recurso de casación formulado de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo 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.

El día 21 de julio de 2008, Energías Renovables del Maestrat, S.L.U. (en adelante, Emermat) concertó con Bancaja un contrato de leasing para financiar su participación en la construcción de un parque de energía fotovoltaica. El día 29 de julio de 2008, ambas partes suscribieron un CMOF y un contrato de permuta financiera sobre un nocional de 340.640 euros. La fecha de inicio del swap era el 31 de julio de 2008 y la determinación el 30 de abril de 2012.

Bancaja había recabado previamente el test de conveniencia. El cliente mereció la calificación de minorista. Por la entidad Emermat intervino su administrador Sr. Agustín .

La suscripción de la confirmación de la permuta financiera se enmarcó en la negociación de la financiación de la construcción del parque de energía fotovoltaica. El Sr. Agustín escogió la ofrecida por Bancaja frente a otras ofertas de otras entidades bancarias. Bancaja entregó su oferta de financiación, que incluía la permuta financiera, unos días antes de que fuera aceptada por el Sr. Agustín . El banco, al mismo tiempo que explicó al Sr. Agustín el producto, le entregó con unos días de antelación a su firma la documentación con la oferta y unas opciones, así como una presentación del producto.

El día 8 de agosto de 2008, otra sociedad administrada por el Sr. Agustín , Planta Fotovoltaica Zhorí, concertó con Bancaja otro leasing para financiar su participación en la construcción de una planta de energía fotovoltaica, así como un contrato de permuta financiera.

Las liquidaciones generadas por ambos contratos de permuta financiera, a abril de 2011, eran negativas para los clientes: 27.081,75 euros, en el caso de Emermat; y 47.176,43 euros, en el caso de Zhorí.

2. Zhorí y Emermat interpusieron una demanda en la que pedían la nulidad de los contratos de permuta financiera concertados por cada una de ellas con Bancaja, por error vicio en el consentimiento, consecuencia de que la entidad bancaria no explicó las características del producto ni los concretos riesgos derivados de la bajada drástica de los tipos de interés.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda. Apreció que había habido incumplimiento de los deberes de información y que, consiguientemente, se había prestado el consentimiento con error. Declaró la nulidad de ambos contratos por error vicio y ordenó la restitución recíproca de las prestaciones, esto es, de las liquidaciones practicadas.

4. Apelada la sentencia de primera instancia por Bancaja, la Audiencia estimó en parte el recurso. Por una parte, confirmó la nulidad del contrato concertado por Zhorí, porque el anexo del contrato que debería contener la información transmitida sobre los riesgos de la operación aparecía totalmente desconfigurado en dos terceras partes del documento. Y, por otra parte, desestimó la nulidad del contrato concertado con Emermat, al entender que no había existido ningún defecto de información, pues se puso a disposición del cliente información sobre el producto, con antelación a la firma del contrato, y el administrador de Emermat era ingeniero aeronaval y administraba otras empresas.

5. Frente a la sentencia de apelación, Emermat formula recurso de extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Emermat desistió del recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso de casación se articula en cuatro motivos. Respecto de estos motivos, Bankia, al tiempo de oponerse al recurso, formula objeciones a su admisión, que, por tratarse de causas de inadmisión relativas, serán analizadas al hilo de cada motivo.

**SEGUNDO. Recurso de casación**

**1. Formulación del motivo primero.** El motivo denuncia la infracción de los apartados 3, 4 y 7 del art. 79 bis LMV (deberes de información y test de conveniencia), en relación con el art. 78 bis LMV (calificación de minorista frente a inversor profesional), y el art. 79 bis 8 a) LMV en relación con el art. 2.2 LMV (consideración del swap como producto financiero complejo). También denuncia la infracción de los correspondientes artículos del RD 217/2008, de 15 de febrero, en concreto los arts. 60, 62, 64, 72, 73 y 74.

El recurrente argumenta que el incumplimiento del deber de información con antelación suficiente a la firma del contrato de swap, sobre en qué consistía el producto y sus concretos riesgos, determina la nulidad del contrato o, cuando menos, la presunción iuris tantum de error en el consentimiento.

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

**2. Justificación del interés casacional.** Frente a la objeción formulada en la oposición al recurso, hemos de advertir que fue correctamente justificado el interés casacional, pues la norma que se denuncia infringida, introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, no llevaba cinco años de vigencia cuando se interpuso la demanda (9 de diciembre de 2011). En el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, para cuando se acude al interés casacional por norma de vigencia inferior a cinco años, expresamente hemos advertido:

«El cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento».

**3. Estimación del motivo primero.** Cuando Emermat, que tiene la condición de inversor minorista, concertó el contrato de permuta financiera, en julio de 2008, ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MiFID.

Constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, 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 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 (Bancaja) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Emermat) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

Si bien se declara probado que la entidad de crédito demandada había entregado documentación explicativa del producto con antelación a la firma del contrato, la información no alcanzaba más allá de cómo operaba genéricamente si subían o bajaban los tipos de interés. Esto es, no consta que se informara a Emermat sobre los riesgos derivados de una bajada drástica de los tipos, como la acaecida a partir del año 2009.

A este respecto, la información contenida en el anexo del contrato resulta insuficiente y a la entidad financiera se le exigía una actividad positiva en la fase precontractual, de la que no queda constancia. Los escenarios que se reflejan en el anexo ilustran sobre lo obvio, pero no muestran la entidad de las liquidaciones negativas en caso de que se produjera una bajada drástica del Euribor que luego acaeció.



5. 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»

6. 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.

7. 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.





8. La estimación del motivo primero, además de que hace innecesario entrar a examinar el resto de los motivos, conlleva la casación de la sentencia de apelación en el sentido de acordar la desestimación total del recurso de apelación interpuesto por Bancaja (en la actualidad, Bankia), y confirmar la sentencia de 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 Bankia, imponemos a la apelante las costas de su recurso ( art. 398.2 LEC ).

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 formulado por Energías Renovables del Maestrat, S.L.U. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 19 de septiembre de 2013 (rollo 296/2013 ), que casamos y dejamos sin efecto. 2.º- Desestimar el íntegramente el recurso de apelación formulado por Bankia contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Paterna de 11 de enero de 2013 (juicio ordinario 556/2011), cuya parte dispositiva confirmamos. 3.º- No imponer las costas de casación a ninguna de las partes y condenar a Bankia al pago de las costas generadas por su recurso de apelación. 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.