



Roj: **STS 2642/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2642**

Id Cendoj: **28079110012017100391**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **1911/2014**

Nº de Resolución: **400/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5036/2014,**
STS 2642/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 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 sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Suñer S.A, representada por la procuradora María del Carmen Hijosa Martínez. Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (anteriormente Unnim Banc SA), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Carme Quintana Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Suñer S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sabadell, contra la entidad Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa, para que se dictase sentencia:

«con los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare la nulidad el "Contracte de Gestió de Riscos Financers" suscrito en fecha 18/06/2007 entre Suñer S.A. y "Caixa d'Estalvis de Manlleu, Sabadell i Terrassa" aportado como documento nº 1 de la demanda, con sus efectos inherentes.

2. Se declare la nulidad de las liquidaciones trimestrales practicadas por Caixa Sabadell, a resultas de dicho contrato nulo.

3. Se declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas con los intereses legales devengados por las mismas desde la fecha en que se hizo efectivo cada cargo o abono, y se las condene al efecto.

4. Se condene en todo caso, a la demandada al pago de las costas y gastos ocasionados por la interposición de la presente demanda, dado su requerimiento previo y ex art. 395 LEC ».

2. El procurador Josep Gubern Vives, en representación de la entidad Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se disponga:



- (i) la desestimación de la demanda interpuesta por la demandante contra Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa, con absolución expresa de ésta;
- (ii) la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell dictó sentencia con fecha 6 de junio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimando como estimo íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora D^a. Carme Quintana Rodríguez en la representación que ostenta de la mercantil Suñer SA, contra Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa (anagrama UNNIM) representada por el procurador D. Josep Gubern Vives, y en consecuencia:

2.- Declaro la nulidad del contrato, que la demandada denomina Contrato de Gestión de Riesgos Financieros, suscrito entre Caixa Sabadell (hoy Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa, con anagrama UNNIM) y la mercantil Suñer SA, en fecha 18 de junio de 2007.

3.- Se condena a la parte demandada a abonar las costas procesales».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa (UNNIM).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 29 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad Unnim Banc, Sociedad Anónima Unipersonal contra la sentencia de 6 de junio de 2012, dictada por el Il. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell , y, por ende, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la entidad Suñer SA contra la entidad Unnim Banc Sociedad Anónima Unipersonal, absolviendo a ésta de las pretensiones contra ella ejercitadas.

Se condena a la actora Suñer SA al pago de las costas de primera instancia.

No se efectúa especial pronunciamiento de las costas de esta alzada».

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

1. La procuradora Helena Vila González, en representación de la entidad Suñer SA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción de los arts. 218 y 386 de la LEC .

2º) Infracción del art. 24 de la Constitución ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 7 y 1266 del Código Civil (en relación con los arts. 1265 y 1300 y siguientes del mismo Texto Legal) y jurisprudencia que los interpreta, y arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988 de 24 de julio del Mercado de Valores y Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo. E infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 840/2013 de 20 de enero de 2014 ».

2. Por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2014 la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y 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 Suñer S.A, representada por la procuradora María del Carmen Hijosa Martínez; y como parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (anteriormente Unnim Banc SA), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

4. Esta sala dictó auto de fecha 16 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de entidad mercantil Suñer, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de



Barcelona, Sección 14ª, en el rollo de apelación n.º 902/2012, dimanante del juicio ordinario n.º 1206/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Sabadell

Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la recurrente, que perderá el depósito constituido».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (anteriormente Unnim Banc SA), presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 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.

La sentencia recurrida deja constancia de los siguientes hechos probados:

«las relaciones entre la empresa SUÑER, SA y la entidad UNNIM se iniciaron con el contrato de 3 de abril de 2007, por el que se suscribía un contrato de depósito. Posteriormente, en fecha de 13 de abril de 2007 suscribió una Póliza Global de fianzamiento de operaciones financieras por importe de 600.000 €, lo que le permitió a la actora: a) la suscripción de un contrato de cuenta corriente de crédito de 300.000 €; y b) el contrato de póliza de descuento de 300.000 € (...). Más adelante, como quiera que la entidad SUÑER, SA precisaba adquirir un solar en CASTELLAR VALLÉS, ya que al dedicarse a la fundición el Ayuntamiento de Sabadell le exigía cambiar su ubicación fuera de la ciudad, decidió entregar 1.581.200 € para su compra y buscó nueva financiación externa. Con tal fin en fecha de 18 de junio de 2007 suscribió una póliza de 1.200.000 € con vencimiento el 31 de enero de 2008 (...). Al formalizar este contrato se le ofreció a la actora la suscripción de un SWAP, que se formalizó el mismo día 18 de junio de 2007, si bien el inicio de cobertura comenzaba el día 29 de junio del mismo año».

El mismo día en que se concertó el préstamo de 1.200.000 euros, poco antes de su firma, la entidad financiera pasó al director financiero de Suñer (Sr. Evaristo) el documento en el que se contenía el contrato de permuta financiera. No consta que hubiera habido una información previa verbal sobre el funcionamiento del producto y sus concretos riesgos.

2. Suñer presentó una demanda en la que pedía la nulidad del swap concertado con Caixa Sabadell (luego Unnim Banc, S.A. y ahora BBVA) por error vicio, propiciado por un defecto en la información suministrada antes de concertar el swap sobre las características de este producto y sus concretos riesgos. Además, la demandante alegaba que cuando firmó el swap lo hizo porque le dijeron que era condición para la concesión del préstamo, y, en todo caso, pensaba que se trataba de una cobertura del riesgo de subida de los tipos de interés en el plazo de duración del préstamo, que era de 6 meses, y por lo tanto debía durar estos seis meses y no tres años.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, advirtió que había habido un defecto de información, en relación con la que la normativa pre MiFID imponía a las empresas que comercializaban productos financieros complejos. Este defecto de información propició el error vicio. Además de declarar la nulidad del contrato, el juzgado ordenó la restitución recíproca de las prestaciones percibidas durante la vigencia del contrato.

4. Por su parte, la Audiencia estimó el recurso de apelación formulado por Unnim Banc, S.A. (entidad que en ese momento había sucedido a Caixa Sabadell) y desestimó la demanda. La sentencia de apelación entendió que no había existido error vicio, a la vista de la preparación del administrador y del director financiero de Suñer, y de la claridad de la información contenida en la documentación contractual:

«De las distintas pruebas practicadas en la instancia, en especial los documentos aportados por ambas partes, no se deduce con claridad que tanto el legal representante de la entidad SUÑER, SA, como el Director financiero fueran desconocedores del producto financiero que contrataban, pues la entidad SUÑER, SA es una entidad con gran capacidad económica y un gran volumen de negocio, por lo que difícilmente es creíble que no tenga personal especializado y órganos de asesoramiento financiero que pudieran examinar con detalle los contratos suscritos con la entidad UNNIM. Es más, aunque sean difíciles de interpretar por quienes no poseen



conocimientos financieros o económicos, a la entidad actora se le expusieron simulaciones del contrato por parte de un empleado de Caixa Sabadell (documentos 13 y 14 de la demanda), simulaciones que debían entender personas con conocimientos económicos, pues una simple falta de percepción de un aspecto del contrato no supone per se que exista un vicio esencial del consentimiento».

5. Frente a la sentencia de apelación, Suñer, S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero fue inadmitido. El recurso de casación se articula en un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo único* . El motivo denuncia la «infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 840/2013 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 , sobre error vicio en la contratación de un producto financiero complejo, siendo ello cuestión objeto del proceso que supone la infracción de los arts. 7 y 1266 del Código Civil , en relación con los arts. 1265 y 1300 y ss del mismo cuerpo legal , y la jurisprudencia que los interpreta, y los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores , y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que desarrolla los anteriores».

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de apelación no tiene en cuenta el valor que la jurisprudencia ha concedido al incumplimiento de los especiales deberes de información que pesan sobre las empresas que comercializan productos financieros complejos a inversores minoristas.

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

2. *Estimación del motivo*. La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a un contrato de permuta financiera de tipos de interés concertado el 18 de junio 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 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, la entidad financiera demandada (Caixa Sabadell) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Suñer, S.A.) que permitiera conocer los concretos riesgos 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 remisión el mismo día de la firma del contrato de la documentación correspondiente era suficiente para conocer las características del producto y, sobre todo, cómo operaba. Y remarca que a la vista de la gran capacidad económica de Suñer y de su importante volumen de negocio, era difícilmente creíble que no tuviera personal especializado y órganos de asesoramiento financiero que pudiera examinar con detalle los contratos suscritos.

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 que contiene simulaciones que ilustran sobre lo obvio (sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero ; y 489/2015, de 15



de septiembre). Y es que no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino que también debía alcanzar a 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 tiene 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 quien contrató por la sociedad recurrente, en cuanto que no ha quedado probado que recibiera 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. Y, a estos efectos, la mera entrega de la documentación contractual, resulta insuficiente.

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 del 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.

No varía nada la conclusión anterior, el hecho de que la Audiencia califique al cliente de una sociedad con una gran capacidad económica y un relevante volumen de negocio, y que de estos dos factores infiera que necesariamente tendría que tener personal especializado que pudiera asesorarle en la contratación de estos productos financieros. Lo verdaderamente relevante para excluir el error, a pesar del defecto de información, hubiera sido que quien contrató tuviera tal experiencia en la contratación de estos productos complejos que no necesitara esa información previa a la firma del contrato para representarse como funcionaban y los concretos riesgos que encerraban. En este caso, no consta que quienes intervinieron por la sociedad demandante tuvieran experiencia en este tipo de productos financieros complejos, razón por la cual opera la presunción de error vicio.

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 Unnim Banc, S.A. (en la actualidad BBVA) 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 Unnim Banc, S.A., 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 interpuesto por Suñer, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 14ª) de 29 de mayo de 2014 (rollo núm. 902/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Unnim Banc, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell de 6 de junio de 2012 (juicio ordinario 1206/2011), 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.