



Roj: **STS 3847/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3847**

Id Cendoj: **28079110012016100505**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2016**

Nº de Recurso: **717/2013**

Nº de Resolución: **519/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 528/2013,**
STS 3847/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mislata. El recurso fue interpuesto por la entidad Coloniales y Pescados de Mauritania S.A., representada por el procurador Rafael Gamarra Megias. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María Gabriela Collado Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Coloniales y Pescados de Mauritania S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mislata, contra la entidad Banco de Santander S.A., para que se dictase sentencia:

«que declare:

a) La nulidad del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Bonificado Reversible Media") suscrito el pasado mes de agosto del año 2007 entre el "Banco Santander S.A." y "Coloniales y Pescados de Mauritania S.A.".

b) El reembolso de las cantidades resultantes por aplicación del contrato de méritos y que ascienden al día de la fecha y salvo error u omisión al importe en euros de diez y ocho mil seiscientos cincuenta y seis con cincuenta y dos céntimos /18.656,52€/ con más los intereses legales (por aplicación de los artículos 1100 , 1108 y 1303 del Código Civil), desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

c) Y al pago de las costas que, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , serán por cuenta de la entidad demandada».

2. El procurador Jesús Rivaya Carol, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas».

3. El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Mislata dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:



«Fallo: Se desestime la demanda presentada por la representación procesal de Coloniales y Pescados de Mauritania S.A. contra Banco Santander y debo absolver y absuelvo a este último de todos los pedimentos formulados en su contra. Con expresa condena en costas a la parte demandante».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Coloniales y Pescados de Mauritania S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 29 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se desestime el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Coloniales y Pescados de Mauritania S.A. contra la sentencia dictada el 4/5/12 por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Mislata , en autos 590/10 que se confirma íntegramente con imposición al recurrente de las costas de la alzada. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora María Gabriela Collado Rodríguez, en representación de la entidad Coloniales y Pescados de Mauritania S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 1266 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta».

2. Por diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9ª, 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 Coloniales y Pescados de Mauritania S.A., representada por el procurador Rafael Gamarra Megias; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

4. Esta Sala dictó auto de fecha 4 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A.U. contra la sentencia dictada, el 29 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 766/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 590/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Mislata».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander 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 13 de julio de 2016, 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 7 de agosto de 2007, Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A. (en adelante, Coloniales) concertó con Banco Santander un contrato de permuta financiera de tipos de interés (denominado "Swap Reversible Media"), sobre un notional de 1.000.000 euros. La fecha de inicio era el 13 de agosto de 2007 y vencía el 13 de agosto de 2009. El periodo de liquidación era trimestral.

Este contrato de swap sucedió a otro anterior, que había sido concertado el 11 de julio de 2006, y que fue cancelado anticipadamente al cabo de un año.

Fue el administrador de Coloniales quien acudió al banco para solicitar un producto financiero que le asegurase la estabilidad de tipos de interés.

2. Coloniales presentó una demanda en la que pidió la nulidad del contrato de 7 de agosto de 2007, por error vicio en el consentimiento. En la demanda se denunciaba que el administrador de Coloniales había recibido una información engañosa sobre las características del producto. Había pedido un producto que garantizase una estabilidad financiera y le vendieron un producto sofisticado del que desconocía sus riesgos.



Además de la nulidad del contrato, la demanda pedía que el banco demandado fuera condenado a reembolsar a Coloniales el saldo negativo que arrojaban las liquidaciones del swap: 18.656,52 euros.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al no apreciar que concurrieran los requisitos o elementos del error vicio invalidante del contrato. Entiende que, en atención a la fecha del contrato, regía la normativa pre-MiFID. La sociedad Coloniales se dedica al negocio de importación y exportación alimentos, bienes de equipo y material de construcción. Su administrador, el Sr. Herminio tiene una experiencia de 15 años en la administración de empresas y en la contratación de productos financieros. En cualquier caso, Coloniales tenía experiencia en la contratación de swaps, y el contrato y las confirmaciones contienen información detallada sobre la circunstancias y riesgos ínsitos al producto. Y, de haber habido error, no sería excusable, pues el administrador de Coloniales reconoció que firmó el contrato sin haberlo leído.

4. Coloniales recurrió en apelación la sentencia de primera instancia y la Audiencia desestimó el recurso. La Audiencia concede mucha importancia a que con carácter previo a la contratación del swap de 7 de agosto de 2007, en julio del año anterior, se había contratado otro, que fue cancelado anticipadamente al cabo de un año y en el que hubo liquidaciones negativas. En estas circunstancias, Coloniales debía saber en qué consistía el swap y los riesgos de liquidaciones negativas. Confirma que no existió error vicio y que de haber habido error era imputable a Coloniales.

5. Frente a la sentencia de apelación, Coloniales interpone recurso de casación, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo*. El motivo se basa en la infracción del art. 1266 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. Y en el desarrollo insiste en la procedencia de «la nulidad de un contrato que nunca se buscó, que se ofreció sin el especial deber de información y a un profesional vinculado con varias empresas pero sin especiales conocimientos financieros».

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

2. *Estimación del motivo*. No les falta razón al juzgado de primera instancia y al a Audiencia cuando advierten que la normativa aplicable al caso, en relación con los deberes de información, es la denominada pre-MiFID. No era pues de aplicación el art. 79 bis LMV, introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó la Directiva 2004/39/CE MiFID, porque no estaba vigente cuando se concertó el contrato. Pero en lo que no estamos de acuerdo es en que la normativa pre-MiFID no contuviera especiales deberes de información que trataran de paliar la asimetría informativa que existe en la contratación de productos financieros complejos con clientes que no son inversores profesionales. Así lo expresamos, entre otras, en la Sentencia 60/2016, de 12 de febrero:

«(T)ambién con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba "una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza" (Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 547/2015, de 20 de octubre).

»El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

»Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.



»El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"».

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 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, en contra de lo apreciado por la Audiencia, el banco demandado estaba obligado a suministrar una información clara y comprensible al cliente que permitiera conocer los riesgos del producto, y esta información no ha quedado acreditado en la instancia que hubiera sido proporcionada. Lo cual, como veremos a continuación, tiene relevancia a la hora de juzgar sobre el error vicio.

4. La existencia de estos especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta Sala. Esta jurisprudencia sobre el error vicio, 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 el contratado por la demandante, 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, el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, 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 el banco. Fue al recibir liquidaciones negativas, tras la bajada drástica de los intereses, cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado. Por ello resulta poco relevante que con anterioridad al contrato de 7 de agosto de 2007, la demandante hubiera concertado un swap, el 11 de julio de 2006, que canceló al cabo de un año, pues esa mera circunstancia no justifica que estuviera informado del riesgo que acaeció mucho más tarde, en el 2009, con la bajada drástica de los tipos de interés.

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, por otra parte, este deber de información pueda entenderse suplido, como parece dar a entender la sentencia recurrida, por la información suministrada en el contrato de swap. Ya hemos recordado en otras ocasiones que «(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

La presunción de error vicio, que admite una justificación en contrario, no ha quedado desvirtuada por la genérica referencia a que el administrador de la sociedad demandante tuviera una experiencia empresarial de 15 años, pues la experiencia empresarial por sí misma no significa que sea un conocedor experimentado de los productos financieros complejos. Es la experiencia en la contratación de productos financieros complejos o en la actividad profesional relacionada con la evaluación de los riesgos que conlleva, constatada por hechos que lo pongan en evidencia, la que podría haber permitido concluir que la demandante era consciente de los riesgos que asumía con la contratación del swap, pero esta experiencia no se ha acreditado. Como ya hemos advertido, la contratación sucesiva de dos swaps, incluido el que es objeto de litigio, no pone en evidencia que el cliente fuera un experto en este producto, en cuanto que todavía no se había actualizado el grave riesgo insito al producto complejo que se contrataba, y que se desconocía.

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 estimación del recurso de apelación formulado por Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A., y la estimación de la demanda.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).
2. Estimado el recurso de apelación, tampoco hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
3. Estimadas las pretensiones que la demandante ejercitada en su demanda, imponemos a la parte demandada las costas de la primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO



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

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 29 de enero de 2013 (rollo núm. 766/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir. 2º Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mislata de 4 de mayo de 2012 (juicio ordinario 590/2010), sin hacer expresa condena en costas. 3º Estimar íntegramente la demanda formulada por la representación de Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A. contra Banco Santander y en su consecuencia: declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado Reversible Media) suscrito el 7 de agosto de 2007, entre Banco Santander, S.A. y Coloniales y Pescados de Mauritania, S.A.; y condenamos a Banco Santander, S.A. a restituir a la demandante la cantidad de 18.656,52 euros, más los intereses legales devengados desde que se realizaron los cargos negativos. 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 CEND