



Roj: **STS 568/2017 - ECLI:ES:TS:2017:568**

Id Cendoj: **28079110012017100100**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **2580/2013**

Nº de Resolución: **100/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1835/2013,**
STS 568/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Oxicorte de Gatika S.L., representada por el procurador D. Luis Pozas Osset y bajo la dirección letrada de D. Javier Hernando Mendivil, contra la sentencia núm. 249/2013, de 30 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 258/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 569/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gernika. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Martín Echevarri Madrigal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D^a Miren Irune Gorroño Menchaca, en nombre y representación de Oxicorte Gatika S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare:

»A) La nulidad de todos los contratos suscritos entre las partes en relación a la operación "swap" referenciada por la demandada con el número 50201.21 y de fechas 13 de junio de 2005, 13 de enero de 2006, 15 de junio de 2006, 14 de febrero de 2007 y 28 de mayo de 2008, incluyendo el contrato marco de operaciones financieras de fecha 13 de junio de 2005.

»B) Subsidiariamente a la petición anterior, se declare conforme a Derecho la resolución de la operación del caso en su integridad y de la documentación contractual referida en el apartado anterior, resolución llevada a cabo por la actora mediante las comunicaciones aportadas como documentos 9 y 9 bis de la presente demanda.

»C) Caso de estimarse cualquiera de las peticiones contenidas en los apartados A) ó B) anteriores, se declare la recíproca devolución de las prestaciones que se han realizado las partes como consecuencia de los referidos contratos, así como de los intereses desde la fecha de cada liquidación y, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 229.247,75 €, más los intereses previstos en los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil desde la fecha de esta demanda, y el interés del artículo 576 LEC desde la sentencia hasta el completo pago a la actora de la cantidad a que sea condenada.



»D) Para el caso que la entidad demandada continúe cargando a la actora liquidaciones tras la presentación de la demanda, solicitamos expresamente la condena a su devolución con los intereses correspondientes.

»E) Se condene a la demandada a pagar las costas del presente juicio».

2.- La demanda fue presentada el 20 de diciembre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gernika-Lumo, fue registrada con el núm. 569/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María Cruz Celaya Ulibarri, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gernika-Lumo dictó sentencia núm. 53/2013, de 30 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Desestimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Dª Miren Irune Gorroño Menchaca, en nombre y representación de Oxicorte Gatika, S.L., frente a Banco Santander, S.A., sin que proceda imposición de costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Oxicorte de Gatika S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 258/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Gorroño Menchaca, en nombre y representación de Oxicorte de Gatika, S.L., representada en esta alzada por la Procuradora Sra. Martínez Sánchez, contra la sentencia dictada el día 30 de abril de 2013 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gernika-Lumo en los autos de Juicio Ordinario nº 569/11 a que este rollo se refiere; debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada».

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

1.- La procuradora D.ª Amaya Laura Martínez Sánchez, en representación de Oxicorte de Gatica S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción por la sentencia recurrida de los arts. 1.265 , 1.266 y 1.269 CC y la doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

»Segundo.- Vulneración del artículo 79 bis, apartados 3 , 4 y 7, de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores , el artículo 5.3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y el 60 y 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero .

»Tercero.- Existencia de una patente contradicción jurisprudencial de las Audiencias Provinciales y entre las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Bizkaia».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Oxicorte Gatika, S.L. contra la Sentencia dictada el 30 de septiembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª) en el rollo n.º 258/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 569/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Gernika-Lumo».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 13 de junio de 2005, Oxicorte de Gatika S.L. (en adelante, Oxicorte) y Banco Santander S.A. concertaron un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), a cuyo amparo se suscribieron los siguientes contratos de permuta financiera:

- 1.1.- Fecha de inicio: 13 de junio de 2005; fecha de vencimiento: 20 de junio de 2008. Nominal: 2.000.000 ?.
- 1.2.- Fecha de inicio: 13 de febrero de 2006; fecha de vencimiento: 21 de junio de 2010. Nominal: 2.000.000 ?.
- 1.3.- Fecha de inicio: 15 de junio de 2006; fecha de vencimiento: 21 de junio de 2010. Nominal: 2.000.000 ?.
- 1.4.- Fecha de inicio: 14 de febrero de 2007; fecha de vencimiento: 27 de febrero de 2012. Nominal: 2.000.000 ?.
- 1.5.- Fecha de inicio: 28 de mayo de 2012; fecha de vencimiento: 3 de junio de 2013. Nominal: 2.400.000 ?.

2.- Las liquidaciones periódicas de los mencionados contratos arrojaron un resultado negativo total para Oxicorte por importe de 229.247,75 ?.

3.- Oxicorte formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad de los contratos suscritos entre las partes por error vicio del consentimiento; y subsidiariamente, su resolución por incumplimiento de la entidad financiera.

Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró que no concurría vicio del consentimiento, por lo que desestimó la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandante, fue desestimado por la Audiencia Provincial, porque el propio administrador de Oxicorte reconoció en su declaración en el juicio que, tras la presentación del producto por el banco, se celebró una reunión en la oficina de la empresa en la que se le explicó el producto, le dejaron documentación y el modelo de contrato, y tras leerlo, pidió aclaraciones sobre unas dudas, respondiéndole que podrían darse liquidaciones positivas y negativas, aunque en general serían positivas, le advirtieron de los escenarios posibles y del funcionamiento positivo o negativo del producto. En definitiva, se le advirtió al cliente de que la operación tenía riesgos. E igual sucedió con las sucesivas reestructuraciones. Respecto de la posibilidad de cancelación, se le advirtió que tendría un coste, pero que sería mínimo. En suma, concluyó que hubo información suficiente sobre el producto y sus riesgos y descartó la existencia de error vicio del consentimiento.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación de los motivos. Admisibilidad.*

1.- El recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, se formula en tres motivos.

El primero se descompone en dos submotivos. El primer submotivo denuncia la infracción de los arts. 1265 , 1266 y 1269 CC y de la jurisprudencia que los desarrolla. El segundo, alega infracción de los arts. 5 y 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del art. 1288 CC .

El segundo motivo se funda en la infracción de los arts. 79 bis, apartados 3 , 4 y 7, LMV, 5.3 del Real Decreto 629/1993 y 60 y 64 del Real Decreto 217/2008 , y de la jurisprudencia que los interpreta.

El tercer motivo se basa en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la información que la entidad de servicios de inversión debe suministrar al cliente, así como sobre los costes de cancelación de los contratos.

2.- La parte recurrida se opuso a la admisión del recurso de casación, por considerar que no respetaba el relato de hechos declarados probados de la sentencia recurrida, no se justifica el interés casacional, no se individualiza el problema jurídico planteado y se citan como infringidos preceptos genéricos y heterogéneos.

3.- Pese a que su formulación casacional no es todo lo rigurosa que sería deseable, los dos primeros motivos de casación sí resultan admisibles, aunque debe advertirse que el tercero no es propiamente un motivo autónomo, sino una justificación de la existencia de interés casacional. En tales motivos se identifican las normas supuestamente infringidas, relativas a la normativa del mercado de valores sobre las obligaciones de información de las entidades de servicios de inversión, y la regulación del error vicio del consentimiento en el Código Civil. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.



4.- En la medida en que los motivos están íntimamente relacionados, puesto que es el déficit de información el que, en su caso, provocaría el error en el consentimiento, serán resueltos conjuntamente.

TERCERO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- Las pretensiones formuladas en la demanda y sostenidas en este recurso de casación se refieren a la nulidad de contratos de swap celebrados antes y después de la entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, que tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE (normativa MiFID).

Tras la reforma legal de 2007, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

2.- No obstante, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero, ente otras muchas). Pero dicha obligación ya existía con anterioridad a la reforma, tanto en la Ley del Mercado de Valores (arts. 78 y 79) como en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

CUARTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo. En concreto, hemos mantenido que en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras 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.

2.- 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.- De este modo partimos de que la entidad financiera venía obligada, con carácter previo a la contratación, a aportar una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer los riesgos concretos del producto. Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre , y 195/2016, de 29 de marzo).



4.- En este caso, en la sentencia recurrida se han considerado como hechos acreditados (no valoraciones jurídicas) que el administrador de la recurrente fue debidamente informado en la fase precontractual, que se le advirtió del riesgo de liquidaciones negativas, con exposición detallada de los escenarios posibles, y que también se le advirtió de la posibilidad de que la cancelación anticipada de los contratos conllevara un coste. Es decir, se da como probado que el banco informó al cliente de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Al considerarse cumplido el deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, no puede apreciarse que se propiciara un error en la prestación del consentimiento.

Conclusiones probatorias que no podemos alterar, puesto que el recurso de casación no es una tercera instancia, y que determinan la valoración jurídica relativa a que la información ofrecida por la entidad de servicios de inversión fue la exigida legalmente y no hubo error en el consentimiento, en los términos de los arts. 1265 y 1266 CC, porque el administrador de la recurrente era consciente de los riesgos contractuales asumidos.

5.- Como consecuencia de ello, no cabe considerar que se hayan producido las infracciones legales denunciadas. Por lo que debe desestimarse el recurso de casación.

QUINTO.- Costas y depósitos.

1.- Deben imponerse a la parte recurrente las costas generadas por el recurso de casación que ha sido íntegramente desestimado, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su interposición, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Oxicorte de Gatika S.L. contra la sentencia núm. 249/2013, de 30 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 258/2013. 2.º- Condenar a Oxicorte de Gatika S.L. al pago de las costas causadas por el recurso de casación y a la pérdida del depósito constituido para su interposición. Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.