



Roj: **STS 981/2017 - ECLI:ES:TS:2017:981**

Id Cendoj: **28079110012017100180**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **1277/2014**

Nº de Resolución: **177/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2033/2014,**
STS 981/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto 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. 18 de Valencia. El recurso fue interpuesto por la entidad Promociones Norte 2005 S.L., representada por la procuradora Mónica de la Paloma Fente Delgado. 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. La procuradora Cristina Aguilar Martín, en nombre y representación de la entidad Promociones Norte 2005 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia, contra la entidad Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante Bancaja (Bankia), para que se dictase sentencia:

«por la que con estimación de la presente demanda, declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y la confirmación de operación interest rate swap, declarando sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, debiendo devolverse las partes las cantidades percibidas derivadas de la ejecución de los mismos. Es decir, con la consecuente obligación de la entidad financiera de proceder a la devolución a mi mandante de la cantidad cobrada de ciento treinta y seis mil setecientos noventa y tres euros con ochenta y nueve céntimos (136.793,89 ?), más los intereses legales, más cualquier otra cantidad que como consecuencia del contrato declarado nulo hubiera cobrado la demandada. Y todo ello con la correspondiente condena en costas a la parte demandada».

2. El procurador Onofre Marmaneu Laguía, en representación de la entidad Bankia S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la demanda presentada por la entidad mercantil "Promociones Norte 2005 S.L." frente a Bankia S.A. con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Valencia dictó sentencia con fecha 4 de septiembre de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada por Promociones Norte 2005 S.L., representada por el procurador D^a. Cristina Aguilar Martí, contra Bankia S.A., representada por el Procurador D. Onofre Marmaneu Laguía:



1º Debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del contrato de confirmación de la operación "interest rate swap" celebrados entre las partes con fecha 21 de junio de 2007, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración (recíproca restitución de las prestaciones realizadas por las partes desde su celebración).

2º En consecuencia, se condena a la entidad demandada a abonar a la actora la suma de 136.793,89 euros, importe de las liquidaciones negativas cargadas en cuenta, con los intereses legales desde la interpelación judicial; debiendo reembolsar Promociones Norte 2005 S.L. a Bankia S.A., la suma de 2.980,50 euros, importe de las liquidaciones positivas recibidas, con los intereses legales desde la interpelación judicial.

3º Se imponen a la parte demandada las costas procesales originadas en el presente juicio».

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.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 1 de abril de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Se estima el recurso de apelación interpuesto por Bankia S.A. contra la sentencia de 4-9-13 del Juzgado de Primera Instancia 18 de Valencia, que se revoca, y, en su lugar, se desestima la demanda interpuesta por Promociones Norte 2005 S.L. contra aquella entidad, absolviendo a la recurrente de los pedimentos de la misma, y no dando lugar a la nulidad contractual pretendida, con imposición al demandante de las costas de primera instancia, y sin expresa imposición de las de esta alzada. Se acuerda reintegrar al recurrente el depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Cristina Aguilar Martí, en representación de la entidad Promociones Norte 2005 S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 70 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores y del art. 5 del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo. E infracción del art. 1266 del Código Civil.

2º) Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales contenida en sentencias 66/2013 de 5 de marzo (Audiencia Provincial de Asturias), 14/2013, de 21 de enero (Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife) y 380/2012, de 8 de octubre».

2. Por diligencia de ordenación de 6 de mayo de 2014, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, 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 Promociones Norte 2005 S.L., representada por la procuradora Mónica de la Paloma Fente Delgado; y como parte recurrida la entidad Bankia S.A., representada por el procurador Francisco José Abajo Abril.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Promociones Norte 2005, S.L. contra la sentencia de fecha 1 de abril de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Novena), en el rollo de apelación n.º 922/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1255/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Valencia».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankia 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 16 de febrero 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 16 de mayo de 2007, Promociones Norte, S.L. concertó con Bancaja (en la actualidad, Bankia) un préstamo hipotecario. El 21 de junio de 2007, Promociones Norte, S.L. suscribió un contrato de permuta financiera de tipos de interés, sobre un nocional de 2.000.000 euros. El vencimiento de la permuta financiera era el 22 de junio de 2011.

Las dos primeras liquidaciones fueron positivas para el Promociones Norte, S.L.: 958,27 euros el 23 de junio de 2008 y 2.022,23 euros el 22 de junio de 2009. Las posteriores fueron positivas para el banco y, por lo tanto, negativas para el cliente: 64.503 euros el 22 de junio de 2010 y 72.290,28 euros el 24 de octubre de 2011.

2. Promociones Norte, S.L. formuló una demanda contra Bancaja donde pedía la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de 21 de junio de 2007, porque había sido prestado el consentimiento con error vicio. Argumentaba que se trataba de un producto financiero complejo, cuya comercialización estaba sujeta a unos especiales deberes de información sobre las características del producto y sus concretos riesgos, que habían sido incumplidos por el banco. Además de la declaración de nulidad, la demanda solicitaba la restitución de las prestaciones.

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 del contrato por error vicio y ordenó la restitución recíproca de las prestaciones, esto es, de las liquidaciones practicadas.

4. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido error vicio en el consentimiento prestado para la contratación del swap.

La Audiencia, primero, entiende que la falta de petición de asesoramiento por la demandante es difícilmente excusable. Y, luego, razona por qué a su juicio no ha habido incumplimiento de los deberes de información:

«a) No podemos entender hecho probado que el contrato se firmara bajo la presión de que, de no hacerlo, no se obtendría la pretendida financiación de la demandada, toda vez que el contrato de préstamo está fechado un mes antes de la permuta ahora cuestionada, lo que determina, de entrada, una mayor voluntariedad en la contratación. Además, al propio tiempo, se firma el CMOF, que es base, marco y explicación de todos los elementos en juego en este contrato, y, finalmente, reiteramos, el propio Sr. Jon había suscrito -aunque en otra entidad y representando a otra mercantil- un contrato similar, con lo que su comprensión, obviamente, ya venía precedida de elementos que la facilitaban, y la posibilitaban.

»b) El Sr. Alejo, que depuso en nombre de la entidad bancaria como interviniente en este contrato, resaltó que se le prestó información, y aunque admitió no haberle plasmado numéricamente ejemplos, sí indicó haber explicado qué sucedía en supuestos de alza o de bajada de tipos de interés, y, obviamente, debió entenderlo el demandante que nada opuso al recibir las liquidaciones positivas -una de ellas superior a los 2.000 Euros, dado el nocional relevante contratado.

»c) A considerar, finalmente, que en el momento de contratación la tendencia era claramente alcista y se mantuvo así hasta prácticamente finales de 2008, y que, como admite la propia sentencia, y compartimos, no es exigible que la entidad pudiera conocer ni, por tanto, informar, de acontecimientos futuros y difícilmente previsibles en la forma y con el alcance que tuvieron. Por tanto, que el producto, que tiene un claro componente indefinido -pues está a expensas del devenir de los tipos de interés- funcionara peor posteriormente era una posibilidad conocida y cognoscible por el propio contrato, pues de lo que se trataba era de garantizar una especie de "tipo fijo" en contratos de tipo variable, en supuestos de muy importante endeudamiento, obviándose, a menudo, la circunstancia de que aunque se produjeran liquidaciones negativas en el contrato, venían compensadas con las de menor entidad derivadas del propio préstamo, y la importante bajada de tipos que se llegó a producir no era previsible en 2007, en ningún caso, y nada cabe reprochar, en tal sentido a la entidad bancaria. El Sr. Alejo afirma haber informado asimismo del coste de cancelación, aunque sin determinarlo -no era posible a priori- y que las quejas de la demandante solo se produjeron con las liquidaciones negativas, ya que, desde luego, el contrato se cumplió en toda su vigencia temporal, no constan reclamaciones escritas previas -no se aportan con la demanda- y la reclamación judicial se plantea un año después de vencido el contrato.

»d) Finalmente, puntualizar que al tiempo de contratar no había entrado en vigor la normativa MIFID y aunque la LMV exigía un cumplimiento estricto de las obligaciones de información, no cabe desconocer que, además de lo hasta aquí expresado, el demandante se dedica a la actividad inmobiliaria, por lo que está acostumbrado a valorar los contratos bancarios relativos a los inmuebles, siendo esencial controlar los tipos de interés a aplicar, y, por tanto, en este contexto, difícilmente comprensible que incurriera, al contratar, en error de las características que afirma, faltando además, la prueba, del elemento de sustento esencial de su demanda: la presión para obtención de préstamo, que había sido suscrito ya cuando se firmó el swap controvertido».



5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en dos motivos.

El banco recurrido, antes de oponerse a la estimación de los motivos, muestra su disconformidad con la admisión del recurso, pero lo hace por razones o causas de inadmisión relativas, cuyo análisis se mezcla con el que debería realizarse al examinar cada motivo. Tan sólo nos referiremos ahora a la primera objeción, relativa a la falta de acreditación del interés casacional porque no han sido correctamente invocadas las sentencias de audiencias, para advertir que no la tenemos en cuenta porque sobre la materia existe una consolidada jurisprudencia de la sala, posterior al planteamiento del recurso de casación, que no puede obviarse.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *For mulación del motivo primero.* El motivo se funda en «la infracción de lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores y del artículo 5 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados Financieros, en cuanto ausencia de información a los clientes y ausencia absoluta de la misma diligencia exigible a un profesional financiero. E infracción del artículo 1266 del Código Civil en cuanto a los elementos constitutivos del error invalidante, determinados por la falta de información por parte del acreedor profesional».

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

2. *Estimación del motivo.* La acción ejercitada en la demanda de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a un contrato de permuta financiera de tipos de interés, concertado el 21 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 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 el hecho de que la contratación de la permuta financiera esté vinculada a un contrato de préstamo hipotecario, no pierde su condición de producto financiero complejo, a tenor del art. 79 bis.8 LMV, y por ello resultan exigibles los deberes de información contenidos en el reseñado art. 79bis.3 LMV.

Por ello, la entidad financiera demandada (Bankia) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Promociones Norte, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

4. La información que la Audiencia declara que fue suministrada se limita a cómo operaba en general el producto, en caso de subidas o bajadas de los tipos de interés, pero sin que se incidiera en los concretos riesgos que pudieran derivarse de la bajada drástica de los tipos.

En realidad, la Audiencia acumula múltiples razones para negar el error, entre ellas, que el administrador de Promociones Norte había concertado un producto similar con otra entidad, que el cliente no se opuso al recibir las liquidaciones positivas y que en todo caso no recabó asesoramiento. A lo anterior suma un argumento que resulta muy significativo de la concepción del error y de la incidencia que sobre su apreciación puede ejercer, según nuestra jurisprudencia, la falta de información sobre el swap y sus concretos riesgos:



«el demandante se dedica a la actividad inmobiliaria, por lo que está acostumbrado a valorar los contratos bancarios relativos a los inmuebles, siendo esencial controlar los tipos de interés a aplicar, y, por tanto, en este contexto, difícilmente comprensible que incurriera, al contratar, en error de las características que afirma, faltando además, la prueba, del elemento de sustento esencial de su demanda: la presión para obtención de préstamo, que había sido suscrito ya cuando se firmó el swap controvertido»

El razonamiento de la Audiencia, sobre la base de lo que realmente declara probado (que el empleado explicó al cliente «que sucedía en los supuestos de alza o bajada de tipos de interés» y que con anterioridad el administrador había concertado otro swap con otra entidad), contraría la reseñada jurisprudencia.

Como hemos declarado en otras ocasiones, los deberes de información, también bajo la normativa pre-MiFID, exigían una conducta activa del banco que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril; 769/2014, de 12 de enero; y 489/2015, de 15 de septiembre). Además, no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino también de 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.

5. Aunque se hubiera afirmado en la demanda que el swap se había firmado como condición a la concesión del crédito, la falta de acreditación de este hecho, no impide que hubiera habido falta de información sobre los concretos riesgos y los costes de cancelación, y que como consecuencia de la asimetría informativa, este defecto de información pudiera propiciar que el cliente concertara el producto financiero con error vicio.

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 comercial seriamente emitida»

6. 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 quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que 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 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 Bancaja (en la actualidad, Bankia) 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 Bankia, imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 LEC).

FALLO

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 Promociones Norte 2005, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 1 de abril de 2014 (rollo 922/2013), que casamos y dejamos sin efecto. 2.º- Desestimar el recurso de apelación formulado por Bankia contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia de 4 de septiembre de 2013 (juicio ordinario 1255/2012), que 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. 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.