



Roj: **STS 2257/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2257**

Id Cendoj: **28079110012017100349**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **1073/2014**

Nº de Resolución: **365/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 1317/2013,**  
**STS 2257/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 90/2012 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1059/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Ana Gurbindo Gortari en nombre y representación de la mercantil Neumáticos Pacheco S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Ana Lázaro Gogorza en calidad de recurrente y la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández en nombre y representación de Banco Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Ana Gurbindo Gortari, en nombre y representación de la mercantil Neumáticos Pacheco S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Martín Zudaire contra Banco Español de Crédito (en adelante Banesto) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Se declare la nulidad o anulabilidad de los contratos de Permuta Financiera de Tipos de Interés que hemos acompañado como documentos nº 3 a 7, de fechas 21 de mayo de 2004, 20 de julio de 2005, 8 de febrero de 2006, 12 de marzo de 2007 y 7 de marzo de 2007 (y de cualesquiera otros contratos de permuta financiera que tuviera suscritos mi mandante con la entidad demandada); y se condene a la entidad demandada Banco Banesto al pago a mi representada de la cantidad de TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (36.227,44 euros). Todo ello con intereses y con expresa imposición de las costas a la parte demandada».

**SEGUNDO .-** El procurador don Miguel José Leache Resano, en nombre y representación de Banco Español de Crédito S.A., y asistido del letrado don José Antonio Jiménez Gutiérrez contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas por la actora, acordando la condena en costas a la misma».



**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona, dictó sentencia con fecha 2 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. ANA GURBINDO GORTARI en nombre y representación de la mercantil NEUMÁTICOS PACHECO SL, contra la mercantil BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A. representado/a por el Procurador D. MIGUEL LEACHE RESANO, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes (de fechas 21/5/2004, 20/7/2005, 8/2/2006, 7/3/2007 y 12/3/2007) y debo condenar y condeno a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar al actor en la cantidad de 36.227,44 euros, con sus correspondientes intereses desde la fecha de cada liquidación. Con expresa imposición de costas a la parte demandada».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil Banco Español de Crédito S.A., la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae revocamos la sentencia de dos de diciembre de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º cinco de Pamplona en el Juicio Ordinario n.º 1059/2010.

Desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de Neumáticos Pacheco S.L, frente al Banco Español de Crédito S.A, a quien absolvemos de la demanda.

Las costas de la primera instancia se imponen a la actora sin que proceda condena en las de esta».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Neumáticos Pacheco, S.L., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículos 217 y 218 LEC en relación con los artículos 326 y 376 LEC , por incorrecta valoración de la prueba por parte de la Sala. Segundo.- Artículos 217 y 218 LEC en relación con los artículos 326 y 376 LEC , por incorrecta aplicación de la carga de la prueba y por incorrecta valoración de la prueba por parte de la Sala. Tercero.- Artículo 218 LEC , por incongruencia omisiva, al no analizar ni dar respuesta en modo alguno a la alegación de mi parte. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores ( art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los Mercados de Valores (art. 5 de su Anexo). Segundo.- Artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores ( art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los mercados de Valores (art. 5 ). Tercero.- Artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con la Ley 24/1988 del Mercado de Valores ( art. 79) y el RD 629/1993 regulador del Código de Conducta en los mercados de Valores (art. 5 ).

**SEXTO**.- Remitidas las actuaciones a la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto y la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Banco de Santander S.A. presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO**.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap), así como de las sucesivas reestructuraciones del mismo, por error vicio en el consentimiento prestado.

Dichas operaciones fueron anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. De los hechos acreditados en la instancia deben destacarse los siguientes.

I) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria, así como las sucesivas reestructuraciones del mismo.

II) Tanto el contrato marco de operaciones financieras (CMOF), como los sucesivos anexos que contemplaban las confirmaciones realizadas, contenían una información genérica y descriptiva del producto financiero. Con referencia, estos últimos, a un aviso, también genérico, sobre los riesgos de la operación celebrada con una



terminología financiera; reconociéndose, ambas partes, la capacidad para evaluar y entender (por sí o a través de asesoramiento profesional) los términos, condiciones y riesgos de la operación suscrita.

3. En síntesis, la entidad Neumáticos Pacheco S.L, empresa dedicada a la comercialización, instalación, montaje y reparación de neumáticos, tenía concertado con el Banco Español de Crédito S.A, (más adelante, Banco Santander) un contrato de «crédito en cuenta corriente» con un límite de 180.000 €. Dicho contrato, suscrito el 2 de mayo de 2003, tras diversas renovaciones, fue cancelado en el año 2008.

El 21 de mayo de 2004, tras la primera renovación de la póliza de crédito, y a instancia de la entidad bancaria, se suscribió un primer swap denominado «permuta financiera de tipos de interés con tipo creciente y convertible a tipo variable con subvención», por importe nominal de 609.000 € y una duración de 3 años.

A partir de este primer contrato, y a instancia de la entidad bancaria, se encadenaron sucesivas cancelaciones y contrataciones de nuevas permutas financieras. Así, el 20 de julio de 2005, se suscribió una permuta de tipos de interés bajo la modalidad de «tipo creciente en rango» por importe nominal idéntico al anterior y misma duración de 3 años. El 7 de febrero de 2006 se canceló dicha operación y se suscribió una nueva permuta financiera con la modalidad «tipo creciente en rango variable», por un importe de 761.250 € y con 3 años de duración. El 7 de marzo de 2007, tras la cancelación de la anterior permuta, se suscribió otra nueva esta vez con la modalidad de «tipo creciente convertible a tipo variable», con idéntico nominal y duración del producto financiero. Por último, el 12 de marzo de 2007, se suscribió una permuta financiera de «tipos de interés creciente y convertible a variable» por un importe nominal de 1.027.687 € y con 3 años de vigencia.

La ejecución de esta concatenación de permutas financieras comportó para el cliente unas liquidaciones negativas por importe de 36.532,69 €, frente a otras liquidaciones positivas por importe de 304,65 €.

4. En este contexto, la entidad Neumáticos Pacheco S.L, presentó una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaba la nulidad de los referidos contratos por error vicio en el consentimiento prestado.

. La entidad bancaria se opuso a la demanda y solicitó su absolución.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró que la información suministrada sobre los riesgos del producto financiero se había limitado a meras advertencias genéricas, sin ninguna información precontractual acerca del correcto funcionamiento del producto contratado.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia.

En síntesis, consideró que el eventual déficit de información precontractual quedó superado por la suficiencia de la información suministrada en el contenido de los contratos suscritos, que de forma expresa aludían al riesgo que comportaban las sucesivas operaciones celebradas. A su vez, destacó que el representante legal de la empresa no se había comportado con la diligencia exigible a su cargo, máxime cuando las sucesivas cancelaciones fueron propuestas por la entidad bancaria, hecho que debió alertarle a prestar una mayor diligencia en la contratación de dichas operaciones.

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido, y recurso de casación que ha sido admitido.

8. La recurrida alega causa de inadmisibilidad del recurso de casación por carencia de fundamento de los motivos formulados. Dicha causa de inadmisibilidad será valorada en el examen de los motivos de casación.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Contrato de permutas financieras anteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Reestructuraciones de la permuta financiera inicialmente suscrita.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el desarrollo de dichos motivos, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el artículo 79 de la Ley 24/1988 y el RD 629/1993 (artículo 5 del anexo). Argumenta que la entidad bancaria no suministró la información necesaria acerca del funcionamiento del producto, no pudiendo ser excluido el error de consentimiento por el solo hecho de los avisos de riesgo que, de forma genérica, se contemplaban en las confirmaciones suscritas.

2. Los motivos deben ser estimados.



Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis 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 el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos, con la mera firma o suscripción de los mismos, o con avisos, también genéricos, acerca del riesgo de las operaciones suscritas.

En este sentido, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio. No se trata de que el Banco Español de Crédito, pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa; suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

La omisión de este deber no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, este deber que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error. Si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

**4.** En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 595/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de



una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» ( sentencia 676/2015, de 30 de noviembre )».

5. Por último, como hemos declarado en la sentencia 503/2016, de 19 de julio , el mero encadenamiento de diversos contratos, o las reestructuraciones del contrato inicialmente suscrito, no deben ser considerados, por ello solos, como actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento prestado. Sobre todo, como ocurre en el presente caso, cuando las reestructuraciones operadas no supusieron un plus de información que pudiera sanar el error de consentimiento que inicialmente sufrió el cliente.

6. En consecuencia, tras la estimación del recurso de casación procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Banco Español de Crédito S.A, contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

**TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito S.A. por lo que procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

#### **esta sala ha decidido**

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Neumáticos Pacheco S.L, contra la sentencia dictada, con fecha 26 septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, en el rollo de apelación núm. 90/2012 , que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito S.A, para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona, de 2 de diciembre de 2011 , dictada en el juicio ordinario núm. 1059/2010. 2. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 3. Imponer las costas de la apelación a la parte demandada apelante. 4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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. Francisco Marin Castan Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres