



Roj: **STS 2641/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2641**

Id Cendoj: **28079110012017100390**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **1890/2014**

Nº de Resolución: **399/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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 Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Collado Villalba. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Tresni SL, representada por la procuradora María Esperanza Álvaro Mateo. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Begoña Lluva Rivera, en nombre y representación de la entidad Tresni S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Collado Villalba, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«estimando íntegramente la misma y por la que se declare:

- La nulidad radical, conforme a los Hechos y Fundamentos de Derecho expuestos, de los contratos de cobertura suscritos por mi mandante con la entidad ahora demandada, obligando a las partes contratantes a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a mi mandante de todas las liquidaciones negativas cargadas en su cuenta bancaria y las futuras que ascienden a fecha de esta demanda a 220.018,05 euros, con igual fecha valor, y a retroceder cuantos intereses, comisiones y gastos se hayan aplicado en dicho cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones y las futuras. A su vez mi mandante restituya a la demandada las liquidaciones positivas habidas y las futuras, que en este momento ascienden a la cantidad de 13.213,50?. Siendo la cantidad que debería recibir mi mandante a día de hoy de más intereses legales y gastos.

- Para el hipotético supuesto de que la nulidad instada fuese rechazada, declare la resolución del contrato actualmente vigente a instancias de mi representada, con efecto ex tunc desde la existencia del referido contrato por incumplimiento de la normativa al respecto, y sin que ésta tenga que asumir gasto alguno en virtud de dicha resolución, reintegrándosele las liquidaciones negativas que se le hayan ido aplicando a partir de los efectos de la declaración de resolución contractual.

- Y para el hipotético supuesto de que tanto la nulidad como la anulación instadas fuesen rechazadas, se declare la resolución del contrato sin coste alguno, en base a que mi mandante al no tener ninguna información en torno a la fórmula o criterios conforme se calcula resultando imposible que haya prestado consentimiento a lo que nunca conoció (falta de objeto cierto)».



2. El procurador Esteban Muñoz Nieto, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«en la que se desestimen íntegramente las peticiones formuladas en la Demanda, condenando a la demandante al pago de las costas causadas».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Collado Villalba dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la mercantil Tresni S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones condenatorias solicitadas por la actora, con expresa imposición de costas a esta última».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Tresni S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 30 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a. Begoña Lluva Rivera y mantenido ante esta Audiencia por la procuradora D^a María Esperanza Álvaro Mateo, en nombre y representación de Tresni S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Collado Villalba de fecha 8 de abril de 2013 en autos nº 123/2012 debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada, y pérdida del depósito constituido».

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

1. La procuradora Esperanza Álvaro Mateo, en nombre y representación de la entidad Tresni S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.^a.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción del art. 24 de la CE en relación con los arts. 382.3, 316.2, 319, 326, 348, 385 y 386 de la LEC».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de la doctrina asentada en la sentencia de la Sala Primera en Pleno de 18 de abril de 2013. Infracción por omisión de los arts. 79 bis LMV en su redacción actual y en todo caso, arts. 2, 63.1 d) y 79.1 a) b) c) y e) LMV, art. 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica y 19 RD 2/2003; art. 1, 2, 4, 5, 6 del Anexo del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) (en adelante "código de conducta") y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación -20 de febrero de 2007- oponiéndose a la doctrina que en todo caso vincula a los Jueces a interpretar el Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de las Directivas con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición. En particular, respecto de los productos financieros considerados complejos, a la luz de la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril comúnmente conocida como MiFID "Markets in Financial Instruments Directive" (en adelante MIFID) - arts. 4.1.4 y 19- y Directiva 1993/22/CEE - arts. 10, 11 y 12- afectando a la causa del contrato. Infracción del art. 1261.3º, 1274, 1275, 1276 del Código Civil.

2º) Oposición a la doctrina fijada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 por infracción del artículo 61 LSL, hoy 225.1 Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) en relación con el alcance del deber de diligencia exigible a las partes en atención al art. 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.1.4 y 19 Directiva 2004/39/CE - art. 79 bis LMV y arts. 64, 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero - y doctrina expuesta en sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) EDJ 2013/69039 en relación con los arts. 2 y 79.1 a) b) c) y e) LMV, arts. 1, 2, 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) y arts. 1, 2, 4, 5, 6 de su Anexo; art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999. Infracción de los arts. 1261.1 y 3, art. 1265, 1266 y 1301 CC por concurrir error vicio excusable en el cliente minorista y causa falta o error sobre el fin propuesto al contratar: error sobre la causa.

3º) Infracción de la doctrina asentada en la Sentencia de la Sala Primera Pleno de 20 de enero de 2014 y del Pleno de 18 de abril de 2013 en relación con los artículos 1265, 1266 y 1300 CC. La inexcusabilidad del error



no la determina per sé la formación académica sino la voluntad formada a partir de una creencia inexacta, presumible cuando el Banco asesor que recomienda el producto no ha informado sobre los concretos riesgos del mismo. Infracción de los arts. 2 y 79.1 a) c) y e) LMV, art. 1, 2, 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) y art. 1, 2, 4, 5, 6 y 7 de su Anexo (en adelante "código de conducta"), art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 y art. 2 a) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación».

2. Por providencia de 8 de julio de 2014, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el 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 Tresni SL, representada por la procuradora María Esperanza Álvaro Mateo; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Tresni, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 30 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, en el rollo de apelación n.º 584/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 123/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Collado Villalba.

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, presentó escrito de oposición al recurso de casación.

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.

El día 20 de febrero de 2007, la sociedad Tresni, S.L. concertó con BBVA un contrato de permuta financiera, en el marco de un CMOF, para dar cobertura al riesgo de una eventual subida de tipos de interés y su incidencia en los contratos de préstamo hipotecario que Tresni había concertado con BBVA.

La contratación se hizo por teléfono, y en la conversación grabada aparece como interlocutor el hijo del administrador de Tresni, Juan Pedro. Por la referencia inicial, aquella conversación telefónica culminaba una negociación iniciada con anterioridad, pues se inició con la siguiente frase del empleado del banco: «Entonces nada, pues otra vez comentarte lo que te he comentado antes ¿no?». El Sr. Juan Pedro fue contestando de forma afirmativa a las preguntas, en un tono que el tribunal de instancia califica de «convicción y seguridad». Entre ellas, estaba la siguiente, en relación con las cláusulas del contrato: «Tresni, como cliente va a pagar un tipo fijo bonificado del 4,18% fijo; fijo nominal anual; siempre y cuando el Euribor 12 meses fijado dos días hábiles antes del final de cada trimestre no supere el 5%; En el caso de que lo supere pues pagaríais ese mismo Euribor menos el 0,10%».

Juan Pedro es licenciado en económicas y tiene un máster en asesoría fiscal.

2. Tresni presentó una demanda contra BBVA en la que pidió la nulidad del contrato de permuta financiera por error en el consentimiento. Aunque en los fundamentos de derecho hay una amalgama de razonamientos, entre los que se mencionaban algunos relativos a la nulidad absoluta del contrato, como por ejemplo el relativo a la falta de causa, y otros relativos a la nulidad basada en que el consentimiento fue prestado con error vicio. La demanda hace referencia al error y al engaño, en relación con las condiciones pactadas. Junto a la declaración de nulidad, la demandante pidió la restitución de prestaciones.



De forma subsidiaria a la acción de nulidad, en la demanda se ejercitó un acción de resolución contractual.

3. La sentencia de primera instancia, después de analizar la prueba, entendió que concurrían todos los elementos esenciales del contrato y que no contravenía ninguna norma imperativa. Por esa razón rechazó la pretensión de nulidad absoluta del contrato. Luego, analizó si concurrían vicios en el consentimiento, y rechazó que existiera error o engaño en la contratación de la permuta financiera.

Finalmente, desestimó la petición subsidiaria de resolución por incumplimiento, pronunciando que luego devino firme.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por Tresni. La Audiencia, después de analizar la prueba, concluye que «quien en ese momento actuaba en representación de Tresni, S.L. tenía un conocimiento completo de los rasgos del contrato indicados, pudiendo hacerse una idea cabal de sus consecuencias, en concreto que la cobertura al alza era del 4,18% mientras que el Euribor no superase el 5%, y rebasado ese porcentaje estaría en el Euribor menos un 0,10%, mientras que con el Euribor a la baja siempre pagaría el 4,18%».

La sentencia de apelación niega que hubiera existido error, y entiende que, de haberlo habido, hubiera sido inexcusable en atención a que «la preparación académica de quien contrató por Tresni le permitía conocer los riesgos y el alcance del producto contratado» y al deber de diligencia del administrador de la sociedad, que conllevaba que no contratara un producto financiero sin comprender adecuadamente cómo funcionaba.

5. Frente a la sentencia de apelación, Tresni formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero ha sido inadmitido. El de casación se articula en tres motivos.

SEGUNDO. *Motivos primero y segundo del recurso de casación*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo* . La dicción literal de la formulación del motivo primero es la siguiente.

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia infracción de la doctrina asentada en la sentencia de la Sala Primera en Pleno de 18 de abril de 2013 . Infracción por omisión de los arts. 79 bis LMV en su redacción actual y en todo caso , arts. 2 , 63.1 d) y 79.1 a) b) c) y e) LMV , art. 19 de la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica y 19 RD 2/2003 ; art. 1 , 2 , 4 , 5 , 6 del Anexo del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) (en adelante "código de conducta") y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación -20 de febrero de 2007- oponiéndose a la doctrina que en todo caso vincula a los Jueces a interpretar el Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de las Directivas con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición. En particular, respecto de los productos financieros considerados complejos, a la luz de la Directiva 2004/39/CE de 212 de abril comúnmente conocida como MiFID "Markets in Financial Instruments Directive" (en adelante MIFID) - arts. 4.1.4 y 19- y Directiva 1993/22/CEE - arts. 10 , 11 y 12- afectando a la causa del contrato. Infracción del art. 1261.3 °, 1274 , 1275 , 1276 del Código Civil ».

Y la dicción literal del motivo segundo es la siguiente:

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia oposición a la doctrina fijada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 por infracción del artículo 61 LSL, hoy 225.1 Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) en relación con el alcance del deber de diligencia exigible a las partes en atención al art. 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.1.4 y 19 Directiva 2004/39/CE - art. 79 bis LMV y arts. 64 , 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero - y doctrina expuesta en sentencia TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) EDJ 2013/69039 en relación con los arts. 2 y 79.1 a) b) c) y e) LMV , arts. 1 , 2 , 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) y arts. 1 , 2 , 4 , 5 , 6 de su Anexo; art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 y art. 2 a) y b) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999. Infracción de los arts. 1261.1 y 3 , art. 1265 , 1266 y 1301 CC por concurrir error vicio excusable en el cliente minorista y causa falta o error sobre el fin propuesto al contratar: error sobre la causa»

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo* . Basta el intento de lectura de la formulación de estos dos primeros motivos de casación, para advertir que en ambos casos se incurre en un defecto grave de formulación, que impide puedan ser admitidos. Cada uno de estos motivos, al llevar a cabo una acarreo de normas que se denuncian infringidas, muchas de las cuales son heterogéneas, dejan de identificar con la mínima claridad y precisión exigibles cuál es la norma cuya infracción justificaría, en cada caso, la casación, sin que deba ser el tribunal quien lleve a cabo esta labor a la vista de la lectura del desarrollo del motivo.



Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara.

La mención, en un mismo motivo, de una gran variedad de normas legales, en muchos casos heterogéneas, como hace el recurrente en sus dos primeros motivos, es incompatible con la precisa identificación de la infracción normativa que podría justificar la casación.

TERCERO. Motivo tercero del recurso de casación

1. Formulación del motivo tercero. La formulación del motivo tercero es del siguiente tenor literal:

«Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción de la doctrina asentada en la Sentencia de la Sala Primera Pleno de 20 de enero de 2014 y del Pleno de 18 de abril de 2013 en relación con los artículos 1265, 1266 y 1300 CC. La inexcusabilidad del error no la determina per sé la formación académica sino la voluntad formada a partir de una creencia inexacta, presumible cuando el Banco asesor que recomienda el producto no ha informado sobre los concretos riesgos del mismo. Infracción de los arts. 2 y 79.1 a) c) y e) LMV, art. 1, 2, 5 y 16 del código general de conducta RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (EDL 1993/16198) y art. 1, 2, 4, 5, 6 y 7 de su Anexo (en adelante "código de conducta"), art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 y art. 2 a) de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de octubre de 1999, todos ellos vigentes al tiempo de la contratación».

En la explicación del motivo se aclara que «la sentencia ahora impugnada se opone a la doctrina establecida por el Pleno de la Sala Primera expuesta en las sentencias de 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014 donde lo relevante no es, per se, la formación académica del cliente sino si este llegó a conocer los riesgos asociados del producto que fue recomendado por BBVA, siendo la representación mental exacta o inexacta lo que determina que el error sea invalidante o no; no siendo labor de la Sala, dicho con el debido respecto, suplir el cumplimiento de las obligaciones del ahora art. 79 bis 3 LMV sino advenir su cumplimiento o incumplimiento por parte del Banco, pues dicha exigencia precontractual se la impone la Ley al Banco y su omisión lleva a presumir en el cliente, salvo prueba en contrario, el desconocimiento de los mismos. La ausencia del texto no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo señala la meritada doctrina».

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

2. Estimación del motivo. En este caso sí que se cumple con la exigencia de precisión, al centrarse el motivo en la infracción de la norma contenida en los arts. 79 LMV, que con anterioridad a la trasposición de la directiva MiFID, regulaban las exigencias de información.

La permuta financiera fue contratada el 20 de febrero de 2007, cuando todavía no se había promulgado la posterior Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, e incorporó el art. 79 bis LMV, en el que se explicitan los deberes de información en la comercialización de productos financieros complejos.

Como ya advertimos en la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, con anterioridad a la trasposición de esta 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».

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 el marco de estas exigencias contenidas en la normativa pre MiFID, la entidad financiera demandada (BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Tresni, S.A.) que permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, sino también los riesgos concretos que generaba.

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 por la preparación académica de quien contrató por parte de Tresni y de la mera literalidad de las cláusulas respecto de las que por vía telefónica se le pidió el consentimiento, tuvo que tener un conocimiento completo de cómo operaba el producto.

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 de informar con antelación suficiente a la firma del contrato, en este caso a la contratación telefónica, no sólo 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.

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.

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 se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

No varía nada la conclusión anterior, que quien contrató por Tresni fuera licenciado en Económicas y que tuviera un máster en fiscalidad, pues lo esencial no es tanto una titulación académica generalista, como la experiencia en la contratación de esta clase de productos, que permita entender el riesgo que conllevaba en los términos en que se contrató.

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 Tresni, S.L. y la estimación de la demanda, en el sentido de apreciar la nulidad por error vicio del contrato de permuta financiera, y ordenar la restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato, más los intereses que cada una de ellas hubieran devengado, que es el efecto propio de la nulidad del contrato.

CUARTO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).

2. Estimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Tresni, S.L., tampoco hacemos expresa imposición de las costas de la apelación (art. 398.2 LEC).

3. Estimada sustancialmente la demanda, imponemos a la parte demandada las costas generadas en primera instancia (art. 394 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 Tresni, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25ª) de 30 de mayo de 2014 (rollo núm. 584/2013), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas. 2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Tresni, S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Collado Villalba de 8 de abril



de 2013 (juicio ordinario 123/2012), cuya parte dispositiva dejamos sin efecto, y sin hacer expresa condena en costas. **3.º**- Estimar sustancialmente la demanda formulada por Tresni, S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), en el sentido de declarar la nulidad del contrato de permuta financiera (denominado "Confirmación de Permuta Financiera de tipo de interés") concertado por las partes el 20 de febrero de 2007, y ordenar la restitución recíproca de las prestaciones nacidas durante la vigencia del contrato, más los intereses devengados por cada una de ellas. **4.º**- Imponer las costas generadas en primera instancia a la parte demandada (BBVA). 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 CENDOJ