



Roj: **STS 4209/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4209**

Id Cendoj: **28079110012016100556**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **188/2013**

Nº de Resolución: **576/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 3192/2012,**  
**STS 4209/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 30 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Poniente Gijón S.L., representada por la procuradora Marta López Barreda. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A. representada por la procuradora Blanca María Grande Pesquero.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Luis Induráin López, en nombre y representación de la entidad Poniente Gijón S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 Gijón, contra la entidad Banco Sabadell, S.A., para que se dictase sentencia:

«condenatoria contra la entidad financiera Banco Sabadell S.A. en los siguientes términos:

»1.- Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 30/04/2008 que se establece entre la entidad financiera Banco Sabadell S.A. y Don Mario para su sociedad Poniente Gijón S.L., por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, o bien, por la demostrada falta de causa sobre la formalización del mismo, llevando ella la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

»3.- (sic) Y subsidiariamente que se declare la existencia de responsabilidad por parte de la entidad financiera Banco Sabadell S.A. por el incumplimiento de sus obligaciones con Poniente Gijón S.L. y condene al demandado a reintegrar al actor las cantidades perdidas por la deficiente comercialización y gestión del producto objeto de nulidad en este proceso, más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha



de su cargo en cuenta, aminorando en su caso el importe de la rentabilidad que se hubiera satisfecho a mi patrocinado por la operación comercializada por la entidad objeto de la presente litis.».

2. El procurador Francisco Javier Rodríguez Viñes, en representación de la entidad Banco de Sabadell S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la referida demanda, imponiendo las costas a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la representación de Poniente Gijón S.L., contra Banco Sabadell S.A., declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 2 de mayo de 2008 (confirmado entre las partes en fecha 9 de mayo de 2008), por haber existido en su formación vicios en el consentimiento prestado, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas; todo ello, con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Sabadell S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante sentencia de 31 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Acoger el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Sabadell S.A. contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2011 , dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 209/2011 que se siguen en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón, y en su virtud, revocar la apelada y desestimar la demanda interpuesta por Poniente Gijón S.L. fecha a Banco Sabadell, S.A., absolviendo a la demandada de las pretensiones en ella contenidas, sin declaración sobre las costas de ambas instancias».

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

1. El procurador Luis Induráin López, en representación de la entidad Poniente Gijón S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y de los principios de oralidad, intermediación y contradicción.

2º) Infracción del art. 24.1 de la CE y arts. 316 , 325 , 348 y 376 LEC y jurisprudencia que los desarrolla.

3º) Infracción del art. 217 LEC .

4º) Infracción del art. 218.1 LEC .».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Existencia de un error en el consentimiento: valoración jurídica de los hechos probados.

2º) Existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre cuestiones resueltas por la sentencia recurrida.

3º) Incorrecta valoración del procedimiento desde este punto de vista (económico-financiero) e incoherencia en aplicación de la doctrina de los vicios del consentimiento a una materia estrictamente económica.

4º) Infracción por interpretación errónea e inaplicación de la Ley del Mercado de Valores.

5º) Infracción por error en la interpretación e indebida aplicación de los arts. 1261 al 1266 del Código Civil , sobre error en el consentimiento»

2. Por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2013, la Audiencia Provincial de Gijón, sección 7ª, 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 Poniente Gijón S.L., representada por la procuradora Marta López Barreda; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A. representada por la procuradora Blanca María Grande Pesquero.



4. Esta sala dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Poniente Gijón, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 31 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7.ª, en el rollo de apelación n.º 35/2012 , dimanante del juicio ordinario n.º 209/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Gijón.

»Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida en este rollo, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala.

» 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 Sabadell S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Poniente Gijón, S.L. es una sociedad con un capital social de 120.000 euros, cuyos administradores solidarios eran, en el momento en que se contrató el swap, Jose Miguel y Mario . Los administradores carecían de experiencia en la contratación de productos financieros complejos, aunque uno de ellos era diplomado en empresariales. La empresa desarrollada por la sociedad contaba con un departamento financiero.

El 2 de mayo de 2008, Poniente Gijón, S.L. concertó con Banco Sabadell un préstamo hipotecario por un importe de 906.000 euros, que debía amortizarse en 15 años, tras dos de carencia. El interés pactado para el primer año era del 5,175% anual, y para los siguientes el Euribor más un punto, con un techo del 15% y un suelo del 4,25%.

El banco ofreció a Poniente Gijón, S.L. la contratación de un swap de tipos de interés. El 5 de mayo de 2008 se firmó el CMOF y el 9 de mayo de 2008 la confirmación de la operación, que tenía como fecha de inicio el 2 de mayo de 2008 y fecha de vencimiento el 2 de mayo de 2011. El notional era 1.000.000 euros.

El banco calificó a Poniente Gijón, S.L. como cliente minorista y al producto como complejo. En ese documento expresamente se afirma: «esta contratación no está sujeta a ningún tipo de asesoramiento por parte de la entidad».

No consta el test de idoneidad ni el de conveniencia.

Desde la primera liquidación negativa, el cliente manifestó su desacuerdo y el desconocimiento que tenía, al tiempo de firmar el contrato, del riesgo de tales liquidaciones negativas.

En la documentación firmada por las partes se reseña de forma genérica el riesgo de que pudiera haber liquidaciones negativas, pero sin que se especifique la onerosidad que pudieran llegar a representar. No consta información escrita específica sobre el funcionamiento del producto y sus concretos riesgos. Tampoco que estos hubieran sido explicados con carácter previo a la firma del contrato.

2. Poniente Gijón, S.L. presentó una demanda frente a Banco Sabadell, en la que, entre otras acciones, ejercitaba la de nulidad por error vicio en el consentimiento, en relación con la contratación del swap. Y como consecuencia pedía la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó esta acción de nulidad. Entendió que había habido un incumplimiento de los deberes de información que impone la normativa MiFID, sin que constara, además, la idoneidad del producto financiero contratado. Este incumplimiento facilitó el error vicio, que se estima excusable. Por ello se declara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés, por haber existido en su formación vicios en el consentimiento prestado, con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones, a tenor de las liquidaciones practicadas.



4. Esta sentencia fue recurrida en apelación por Banco Sabadell. La Audiencia estimó el recurso de apelación y absolvió a la demandada de las pretensiones ejercitadas en la demanda. La sentencia de apelación razona que uno de los administradores era diplomado en empresariales y la empresa estaba dotada de un departamento financiero, razón por la cual el error, si existió, debió ser vencible, de forma que pudo ser evitado si la sociedad hubiera llevado a cabo una labor diligente.

5. Frente a la sentencia de apelación, Poniente Gijón, S.L. interpone recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Tan sólo es admitido el recurso de casación.

Aunque la formulación del recurso de casación no es muy afortunada, no cabe negar el interés casacional en atención a la jurisprudencia posterior de esta Sala, como expondremos a continuación, ni tampoco que, al margen de muchas alegaciones impropias de la casación, se denuncia una infracción legal, la relativa a los arts. 79 bis LMV y los arts. 1265 y 1266 CC, que debe ser examinada sin revisar los hechos acreditados en la instancia. Hechos que fueron fijados por la sentencia de primera instancia y que la Audiencia no revocó ni modificó, sin perjuicio de la valoración realizada de la titulación académica de uno de los administradores (diplomado en empresariales) y de la existencia de un departamento financiero en la empresa, en relación con la excusabilidad del error.

## **SEGUNDO.** *Recurso de casación*

1. *Formulación de los motivos*. En el recurso se denuncia tanto la infracción de la normativa de la Ley del Mercado de Valores, en concreto los arts. 79 y 79 bis, en relación con los especiales deberes de información en la contratación de productos financieros complejos por clientes minoristas, como los arts. 1261 y 1266 CC respecto del error vicio.

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

2. *Estimación del recurso*. El contrato de permuta financiera de tipos de intereses cuya nulidad se pretendía en la demanda, basada en el error vicio en su contratación, que puede considerarse un tipo de swap, es un producto complejo, como el propio banco lo calificó, afectado por ello en su comercialización por la normativa MiFID. Además, como el propio banco apreció, el cliente que lo contrató tenía la consideración de minorista.

En efecto, al tiempo en que fue contratado, mayo de 2008, regían unos especiales deberes de información y asesoramiento sobre la entidad financiera, contenidos en el art. 79 bis LMV y RD 217/2008, de 15 de febrero, que desarrolla esta regulación.

El alcance de esta normativa, en relación con el error vicio, fue expuesto en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que reiteramos en los siguientes fundamentos jurídicos.

3. *Información sobre los instrumentos financieros*. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta: «en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- »a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- »b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- »c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.



»d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

**4. El deber de información y el error vicio** . Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que 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, puede incidir en la apreciación del error.

El error, que conforme a lo expuesto debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista 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 cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, 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.

**5.** En el presente caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Y, también en este caso, fue al recibir las liquidaciones negativas, tras la bajada drástica de los intereses en 2009, cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado.

La sentencia recurrida funda la desestimación de la acción de nulidad por error vicio no tanto en la inexistencia del error como en su inexcusabilidad. La Audiencia no razona ni afirma que se hubieran cumplido las exigencias específicas del apartado 3 del art. 79bis LMV. Ni consta que hubiera existido una información precontractual suficiente para que el cliente pudiera conocer las características del producto y los concretos riesgos que asumía, ni tampoco que, a pesar de esta falta de información, no hubiera habido error en atención a la experiencia y conocimiento del inversor en la contratación de estos productos. La titulación de diplomado en empresariales de uno de los administradores y la existencia de un departamento financiero, en una empresa de pequeña envergadura, junto con la inexperiencia en la contratación de productos financieros complejos, en este caso swaps, no permite concluir que el error fuera inexcusable.

Por otra parte, la mera claridad y comprensibilidad de las cláusulas contractuales, a través de las cuales se instrumenta la contratación de un producto financiero complejo como es el swap, no es suficiente por sí misma para entender cumplidos los deberes de información previstos en el art. 79 bis 3 LMV e impedir la apreciación del error vicio.

Además, conviene recordar, conforme a la jurisprudencia constante de esta sala, lo siguiente:

«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 del swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés). Sin que, por otra parte, este deber de información pueda entenderse suplido, en este caso, por la información suministrada en el contrato de swap:

«(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son





los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» ( sentencia 689/2015, de 16 de diciembre ).

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.

**6. Consecuencias de la estimación del recurso de casación .** La estimación del recurso de casación conlleva que dejemos sin efecto la sentencia recurrida. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, que confirmamos.

#### **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 el recurso de apelación, imponemos las costas de la apelación a la parte apelante ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

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

1º Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Poniente Gijón, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 7ª) de 31 de octubre de 2012 (rollo núm. 35/2012 ), que casamos y dejamos sin efecto, sin imponer las costas a ninguna de las partes. 2º Desestimar el recurso de apelación formulado por Banco Sabadell, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón de 1 de septiembre de 2011 (juicio ordinario núm. 209/2011) cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 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.