



Roj: **STS 4307/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4307**

Id Cendoj: **28079110012016100588**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2016**

Nº de Recurso: **986/2013**

Nº de Resolución: **601/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 6 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Terrassa. El recurso fue interpuesto por la entidad Fiberpool Internacional S.L., representada por el procurador Ignacio Cuadrado Ruescas. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A. (que sucede a la entidad Banco Español de Crédito, S.A.), representada por la procuradora Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Esmeralda Olivares Alba, en nombre y representación de la entidad Fiberpool Internacional S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Terrassa, contra la entidad Banco Español de Crédito S.A., para que se dictase sentencia:

«en la que, estimando íntegramente la demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:

»1. Se declare la nulidad del contrato sobre operaciones financieras, de fecha 30 de enero de 2008, suscrito por las partes, todo ello en virtud de la existencia de un error en el consentimiento del artículo 1265 del Código Civil en relación con el artículo 1261 del mismo cuerpo legal .

»2. Se deje sin eficacia lo ejecutado con su vigencia, es decir, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato.

»3. Se condene a la parte demandada al pago de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento.».

2. La procuradora Mercedes Paris Noguera, en representación de la entidad Banco Español de Crédito, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Terrassa dictó sentencia con fecha 18 de octubre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que con estimación íntegra de la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Doña Esmeralda Olivares Alba en nombre y representación de la Mercantil Fiberpool Internacional S.L., y dirigida contra Banco Español de Crédito S.A. debo declarar como declaro la nulidad de pleno derecho de los contratos



firmados entre las partes en fecha 30.01.2008 por concurrir error en el consentimiento prestado por el legal representante de la actora; y debo condenar y condeno a Banco Español de Crédito a estar y pasar por la anterior declaración, así como a restituirse ambas partes las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del interés legal, correspondientes a los pagos efectuados recíprocamente por la vigencia del contrato, que la declaración de nulidad conlleva.

»Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada quien deberá abonar las causadas en esta instancia en su totalidad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 20 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito S.A. contra la Sentencia dictada en fecha 18 de octubre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Terrassa en sus autos de Juicio Ordinario número 244/2011 de los que el presente rollo dimanara, revocar dicha sentencia de instancia y absolver a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa condena a la parte actora de las costas de la instancia, y sin hacer especial pronunciamiento de las causadas en la presente alzada».

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

1. El procurador Raúl Rodríguez Nieto, en representación de la entidad Fiberpool Internacional S.L. interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil en relación con los arts. 60, 78 y 79 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores

2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, por interpretación de los mismos de manera contraria a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

2. Por diligencia de ordenación de 23 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, 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 Fiberpool Internacional S.L., representada por el procurador Ignacio Cuadrado Ruescas; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A. (que sucede a la entidad Banco Español de Crédito, S.A.), representada por la procuradora Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández.

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

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Fiberpool Internacional, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.ª, en el rollo de apelación n.º 95/2012, dimanante del juicio ordinario n.º 244/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Terrasa».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander 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 8 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.

Fiberpool Internacional, S.L. (en adelante, Fiberpool) es una sociedad con un capital social de 52.000 euros. Su cifra de negocios en el año 2006 fue de algo más de 5.000.000 euros y en el año 2007, superior a 6.000.000 euros. La sociedad tenía unos treinta trabajadores. Para garantizar el impacto de las oscilaciones del IPC en la actualización de los salarios, Banesto ofreció al administrador de Fiberpool la contratación de un swap.



El 30 de enero de 2008, Fiberpool, por medio de su administrador, contrató con Banesto una permuta financiera de tipos de interés. La duración del contrato era de tres años, con liquidaciones anuales. La primera liquidación, de 3 de marzo de 2009, fue positiva para el cliente en 15.447,47 euros, que fueron ingresados en su cuenta. La segunda liquidación, de 3 de marzo de 2010, fue negativa en 37.124,81 euros.

El administrador de Fiberpool es también administrador de otras sociedades y tenía una experiencia en la contratación de financiaciones a plazo, pero no era un conocedor y experto en el mercado financiero de productos complejos.

Consta que el banco realizó el test de conveniencia. A pesar de lo cual, en la práctica el cliente no fue informado con carácter previo a la contratación del swap de los concretos riesgos del producto que contrataba, esto es, de que las liquidaciones negativas pudieran ser de la entidad que lo fueron en la segunda liquidación, como consecuencia de una bajada drástica de los tipos de interés.

2. Fiberpool presentó una demanda frente a Banesto, en la que ejercitaba una acción de nulidad por error vicio en el consentimiento, en relación con la contratación del swap.

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, pues no se informó a la demandante de los concretos riesgos del producto, sin que fuera suficiente la mención contenida en el contrato a que las liquidaciones podían ser negativas. La falta de información sobre estos riesgos provocó que se contratara el swap con error vicio, que además se entiende excusable en atención a la existencia de los reseñados deberes de información que pesaban sobre el banco y la falta de experiencia en la contratación de estos productos financieros complejos. Por ello el juzgado declara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés y ordena la restitución de prestaciones.

4. Esta sentencia fue recurrida en apelación por Banesto. 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 no existe prueba del error y, al mismo tiempo, hay indicios que descartan el error: el administrador de la demandada sabía qué contrataba y para qué; mantuvo la validez y eficacia de la operación en tanto se benefició e intenta obtener su declaración de nulidad cuando le perjudica. Insiste en que «tanto el beneficio como el posible perjuicio eran conocidos y aceptados, hasta el punto paradigmático de que se procedió a contratar otros productos financieros, especulativos». La sentencia concluye que «al suscribir los contratos de autos de fecha 30 de enero de 2008 la empresa actora a través de su administrador adquirió (o pudo adquirir con la diligencia que le era exigible en atención a su experiencia mercantil y financiera) un grado de conocimiento suficiente sobre la naturaleza y riesgos del productos financiero».

5. Frente a la sentencia de apelación, Fiberpool interpuso recurso de casación, sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación de los motivos primero y segundo* . En el motivo primero se denuncia «la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con los arts. 60 , 78 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , existiendo en relación con la interpretación y aplicación de los referidos preceptos jurisprudencia contradictoria».

En el desarrollo del motivo, se argumenta que el producto es complejo, o por lo menos así hay que presumirlo, y respecto de su contratación por inversores no profesionales existe unos especiales deberes de información previstos en el art. 79 bis. De tal forma que corresponde a la entidad bancaria la carga de acreditar que cumplió con este deber de información. En este caso la información documental suministrada fue insuficiente y no se ha demostrado que fuera completada de forma verbal. De modo que, concluye, al no haberse acreditado que se haya proporcionado por la entidad bancaria la información adecuada sobre el contrato que se suscribía, no puede considerarse que el representante legal de la entidad demandante fuera consciente de lo que contrataba. De forma que este déficit de información provocó un error excusable en el cliente, que recaía sobre elementos sustanciales del contrato, lo que determina la nulidad del mismo por error en el consentimiento.

El motivo segundo denuncia la «infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , por interpretación de los mismos contraria a la doctrina jurisprudencial».

En el desarrollo del motivo se argumenta que, conforme a la jurisprudencia contenida en la STS de 12 de noviembre de 2012 , «se considerara que hay error invalidante y excusable cuando el cliente no tenga conocimientos especiales en la materia y el banco no le haya informado de manera suficiente y transparente». Luego añade que el administrador de la sociedad demandante no era un experto en mercados financieros ni poseía estudios relacionados con los mercados financieros.

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

2. Estimación del recurso. Hemos de partir de la consideración de que, conforme a lo aducido en el desarrollo del primer motivo, el contrato de permuta financiera de tipos de intereses cuya nulidad por error vicio se pretendía en la demanda, que puede considerarse un tipo de swap, es un producto complejo, y por ello está afectado en su comercialización por la normativa MiFID.

En efecto, al tiempo en que fue contratado, el 30 de enero de 2008, regían unos especiales deberes de información y asesoramiento sobre la entidad financiera, contenidos en el art. 79 bis LMV y el 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. Jurisprudencia sobre el error vicio. El recurso denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC. Como en otras ocasiones, conviene partir de 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:

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»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 deber de información y el error vicio . En nuestro caso, como afirma el recurrente, no se ha acreditado que se hubiera suministrado al administrador de la sociedad demandante, que contrató por ella el swap, una información suficiente, conforme al art. 79bis.3 LMV, sobre las características del producto y, sobre todo, sobre los concretos riesgos que se asumían en caso de una bajada drástica de los tipos de interés.

Por sí mismo, este 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.

6. 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 la segunda liquidación (muy onerosa), tras la bajada drástica de los intereses en 2009, cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado.

La experiencia en la contratación de financiación a plazo, que no son propiamente productos financieros complejos, no es suficiente para impedir que opere esta presunción de error. Como declaramos en la sentencia 66/2016, de 16 de febrero «no cualquier experiencia empresarial justifica que no opere la presunción de error vicio en caso de falta de suministro de información». Debe estar directamente relacionada con la contratación de swaps y, lo que es más importante, debe poner en evidencia que se conocían los riesgos propios y concretos de este producto, de lo que en este caso no queda constancia. Por otra parte, como hemos reiterados en muchas ocasiones, el mero hecho de haber concertado otros swaps, por sí sólo no es suficiente para concluir que el cliente tenía conocimientos suficientes para percatarse de los riesgos derivados de las liquidaciones negativas, si esas otras contrataciones fueron en un momento anterior a que se actualizara ese grave riesgo, como consecuencia de la bajada drástica de tipos de interés ocurrida a partir del año 2009.

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. En este sentido, frente al argumento de que el cliente debió enterarse de lo que contrataba en atención a que las cláusulas del contrato eran claras y no abusivas, debemos volver a reiterar que esto no basta para que se puedan tener por cumplidos los reseñados deberes de información:

«(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.

7. 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

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Fiberpool Internacional, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19ª) de 20 de febrero de 2013 (rollo núm. 95/2012), que casamos y dejamos sin efecto, sin imponer las costas a ninguna de las partes. 2.º- Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Banco Español de Crédito, S.A. (hoy, Banco Santander, S.A.) contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Terrasa de 18 de octubre de 2011 (juicio ordinario núm. 244/2011), con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 3.º- Devuélvase el depósito constituido para recurrir. 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.