



Roj: STS 3464/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3464
Id Cendoj: 28079110012016100478
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 655/2013
Nº de Resolución: 491/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Feliu de Llobregat. El recurso fue interpuestos por la entidad Samtack S.L., representada por la procuradora María Dolores Moreno Gómez. Es parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. El procurador Jordi Navarro Bujia, en nombre y representación de la entidad Samtack S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Feliu de Llobregat, contra la entidad Bankinter, S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que:

» 1º.- Se decrete la nulidad radical de los contratos:

» - Condiciones Generales de Contrato de Gestión de Riesgos Financieros de 6 de marzo de 2007,

» - Condiciones Particulares de Contrato de Gestión de Riesgos Financieros de 6 de marzo de 2007 (Clip Bankinter 07-3.5),

» Y se condene a la demandada a, previa restitución de prestaciones, abonar a mi representada la diferencia entre los importes abonados por las partes durante la vida del contrato, con los intereses legales.

» 2º.- Se impongan las costas a la parte demandada».

2. El procurador Juan García García, en representación de la entidad Bankinter S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Feliú de Llobregat dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimar íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil Samtack SL contra la entidad Bankinter S.A.

»Y declarar la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por las litigantes en fecha 06/03/07, tanto por lo que respecta a sus condiciones generales como particulares.

» Y condenar de Bankinter S.A. a abonar a Samtack SL la diferencia de los importes abonados por las partes durante la vigencia del contrato.

»No se efectúa especial pronunciamiento en costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de fecha 8 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A., contra la sentencia de fecha veintisiete de mayo de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Sant Feliú de Llobregat en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimando íntegramente la demanda formulada por Samtack S.L., absolvemos libremente a la apelante de la pretensión deducida frente a ella, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de ninguna de las dos instancias.

»Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

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

1. El procurador Fernando Bertrán Santamaría, en representación de la entidad Samtack S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil .

»2º) Infracción de los arts. 7.1 y 1258 del Código Civil .

»3º) Infracción del art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley de Mercado de Valores , RD 629/1993, y en especial del art. 14.2 del mismo Texto Legal .

»4º) Infracción de los arts. 1281 y 1283 del Código Civil .

»5º) Infracción de los arts. 1283 , 1288 y 1289 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 11 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, 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 Samtack S.L., representada por la procuradora María Dolores Moreno Gómez; y como parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

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 entidad Samtack, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 8 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, en el rollo de apelación nº 952/2011 , dimanante del juicio ordinario nº 757/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Sant Feliú de Llobregat».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter, 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 6 de julio 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.

El 6 de marzo de 2007, Samtack, S.L. concertó con Bankinter, S.A. un contrato denominado de «gestión de riesgos financieros», que cabe encuadrar en la categoría genérica de **Swap** de tipos de interés, con un nominal de 500.000 euros. El contrato, que tenía una duración de cinco años, entraba en vigor el 5 marzo de 2007, y las liquidaciones eran trimestrales.

Samtack, S.L. es una sociedad pequeña que en su actividad empresarial emplea unos dieciséis trabajadores. Aunque el documento que contenía el contrato le fue entregado a Samtack, S.L. unos días antes, en los contactos previos a la contratación no se le informó sobre los concretos riesgos derivados de las liquidaciones negativas ni del coste de la cancelación anticipada. El folleto informativo del contrato carece de mención alguna a los costes de cancelación.

Samtack, S.L., después de las liquidaciones negativas del año 2009, pidió extrajudicialmente la cancelación anticipada el 4 de junio de 2010.

2. El 30 de julio de 2010, Samtack, S.L. presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en la que pedía la nulidad del contrato de 6 de marzo de 2007 por error vicio sobre los riesgos del producto contratado y los costes de cancelación anticipada.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda y apreció error en el consentimiento, que afectaba a las pérdidas que podía sufrir en caso de una bajada de los tipos de interés tan drástica como la que ocurrió a partir del año 2009, o de cancelación anticipada. Y entendió que el error era excusable en atención a que se contrataba un producto complejo y existía un especial deber de información por parte de la empresa que comercializaba el producto.

3. La Audiencia estima el recurso y desestima la demanda. Entiende que por el tiempo en que se concertó el contrato, no regían los deberes de información introducidos por la normativa MiFID, y no existían exigencias mayores que las que podían encontrarse en la normativa general de obligaciones y contratos:

«La cuestión ha de resolverse al amparo de las normas generales en materia de obligaciones y contratos, contenidas en el Código Civil, porque, como al final se verá, ni la Ley del Mercado de Valores ni la de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en la redacción vigente cuando se celebró el contrato, contenían disposiciones que vayan más allá de los principios de buena fe y lealtad en la contratación, establecidos con carácter general en la legislación civil».

Luego analiza el contrato y concluye que los datos que proporciona son perfectamente comprensibles para una persona con una formación universitaria, como la persona que contrató por la demandante, sin que fuera necesario ningún conocimiento especializado. Deja constancia de que la sociedad demandante tuvo el contrato unos días antes de su firma y que si incurrió en error era inexcusable:

«Pero el error, para permitir que un contrato se anule en virtud de él, ha de ser excusable, de tal manera que no puede admitirse la anulación de un contrato a instancia de quien, si incurrió en equivocación, fue por su propia negligencia. No hay más remedio que afirmar que quien firma sin comprender lo que firma actúa con negligencia. Es imposible sostener que es excusable el error de quien reconoce que firmó pese a que no comprendía aquello que firmaba. El banco no tenía por qué suponer que la otra parte estaba consintiendo en esas condiciones. Recibió el documento contractual firmado por la demandante, al cabo de unos días de tenerlo ésta en su poder para su lectura y estudio. No tenía la entidad financiera por qué pensar que los gestores de Sampack no habían comprendido lo que firmaban y tiene derecho a ser protegida frente a lo que, con toda claridad, habría sido un acto de negligencia de la otra parte. El banco tenía la obligación de ser claro en la redacción del contrato, cierto. Si éste se hubiera prestado a confusión, el incumplimiento de esa obligación de claridad habría compensado la negligencia que habría supuesto firmar un contrato sin comprender su contenido. Pero es que ya hemos visto que el contrato propiamente dicho no era difícil de entender».

4. Frente a la sentencia de apelación, Samtack, S.L. ha interpuesto recurso de casación, sobre la base de cinco motivos.

SEGUNDO. *Motivo primero de casación*

1. *Formulación del motivo* . El motivo se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC , porque con los hechos acreditados en la instancia debía haberse apreciado el error vicio. En el desarrollo del motivo también se hace mención a la incorrecta interpretación que la sentencia de apelación hace de la normativa pre- MiFID, en concreto del art. 79 LMV.

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

2. *Estimación del motivo*. Al juzgar sobre la existencia del error vicio, en un contrato de **Swap** como el presente que se concertó antes de trasposición de la Directiva 2004/39/CE MiFID, por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la sentencia recurrida parte de una premisa que no es conforme con la jurisprudencia de esta Sala. La Audiencia entiende que «ni la Ley del Mercado de Valores ni la de Disciplina e Intervención de

las Entidades de Crédito, en la redacción vigente cuando se celebró el contrato, contenían disposiciones que vayan más allá de los principios de buena fe y lealtad en la contratación, establecidos con carácter general en la legislación civil».

No ha sido esta la doctrina de la sala, emitida en sentencias posteriores en el tiempo a la sentencia de la Audiencia. Así lo expresamos en la sentencia 60/2016, de 12 de febrero :

«(T)ambién con anterioridad a la trasposición de la 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" (Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , y 547/2015, de 20 de octubre).

»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 supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o **swap**, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, en contra de lo apreciado por la Audiencia, el banco demandado estaba obligado a suministrar una información clara y comprensible al cliente que permitiera conocer los riesgos del producto, y esta información, como quedó acreditado en la instancia, no se realizó. Lo cual, como veremos a continuación, tiene relevancia a la hora de juzgar sobre el error vicio.

4. Antes de analizar la incidencia del incumplimiento de los deberes de información sobre el error vicio, conviene traer a colación la 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 el contratado por la Samtack, S.L., 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 y los costes que le podía suponer la cancelación anticipada, 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 , 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 y sobre los costes de cancelación anticipada, si se hacía uso de esta posibilidad. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Y fue al recibir 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, y, unos meses después, cuando pidió la liquidación anticipada, lo fue del coste que podía llegar a suponer hacer uso de la resolución anticipada.

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, y el coste que podía llegar a tener la resolución anticipada). Sin que, por otra parte, este deber de información pueda

entenderse suplido, como entiende la sentencia recurrida, por la información suministrada en el contrato de **swap**. Ya hemos recordado en otras ocasiones que «(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 y el riesgo de un coste muy elevado en caso de liquidación anticipada, no habría contratado el producto.

7. La estimación del motivo primero de casación, hace innecesario entrar a resolver el resto de los motivos. La estimación del recurso de casación provoca que casemos la sentencia de apelación, cuya parte dispositiva dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por Bankinter, y confirmamos el fallo de la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas

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

Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas de la apelación (art. 398.2 LEC).

FALLO

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

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Samtack, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 8 de enero de 2013 (rollo núm. 952/2011), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sant Feliu de Llobregat de 27 de mayo de 2011 (juicio ordinario 757/2010), 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.