



Roj: **STS 2160/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2160**

Id Cendoj: **28079110012017100338**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2017**

Nº de Recurso: **742/2014**

Nº de Resolución: **344/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 1 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo. El recurso fue interpuesto por Marcos y Agustina, representados por el procurador José Ignacio de Noriega Arquer. Es parte recurrida la entidad Banco Sabadell, S.A., representada por la procuradora María Blanca Grande Pesquero.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Ramón Blanco González, en nombre y representación de Agustina y Jose Augusto (según escrito aclaratorio de 24 de enero de 2012 D. Marcos), interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, contra el Banco de Sabadell, S.A. para que se dicte sentencia:

«por la que se declare la nulidad de los contratos referidos en la presente demanda y, por tanto, de forma consecuente, con restitución de las prestaciones abonadas entre las partes, así como los intereses de las mismas desde su detracción y costas procesales».

2. La procuradora María García Bernardo Albornoz, en representación del 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 Oviedo dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo estimar y estimo *sustancialmente*, la demanda interpuesta por don Marcos y doña Agustina contra "Banco de Sabadell, S.A." y en su virtud:

1) Declaro la nulidad de los "contratos marco de operaciones financieras" de fecha 27.3.08, con sus dos anexos, las "solicitudes de contratación de producto derivado" de fecha 28.3.08, las "cartas de confirmación" de fecha 31.3.08, las "solicitudes de contratación de producto derivado" de fecha 4.5.09 y las "cartas de confirmación" de fecha 7.5.09, mencionadas en la demanda y objeto del presente litigio.

2) En consecuencia, declaro la nulidad de todas las liquidaciones practicadas y que se practiquen a resultas de dichas operaciones, debiendo los litigantes restituirse recíprocamente lo percibido, resultando un saldo favorable a los demandantes, a fecha 3.10.11, de noventa y cinco mil doscientos cuarenta y tres con setenta y cuatro euros (95.243'4 €), suma que devengará, desde el día 28 de julio de 2011, fecha de presentación de



la demanda, hasta hoy, el interés legal del dinero, y, desde hoy y hasta el completo pago, ese mismo interés incrementado en dos puntos.

3) Condeno a "Banco de Sabadell" a pagar a don Marcos y doña Agustina la mencionada suma, con los intereses indicados, que se verá modificada en más o en menos con las liquidaciones pagadas o cobradas con posterioridad al día 3 de octubre de 2011.

4) Impongo expresamente a la parte interpelada todas las costas de este juicio».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante sentencia de 6 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Oviedo en los autos de que este rollo dimana desestimamos la demanda interpuesta por Dña. Agustina y D. Marcos, a quienes se imponen las costas de la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Ramón Blanco González, en representación de Marcos y Agustina, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.^a.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 a que remite el art. 1817 del Código Civil, y art. 1311 en relación con el art. 1309 del CC, oponiéndose a la jurisprudencia contenida en las sentencias 726/2000 de 17 de julio de 2000; 626/2013 de 29 de octubre de 2013; 683/2012 de 21 de noviembre de 2012; 315/2009 de 13 de mayo de 2009 y 840/2013 de 20 de enero de 2014, entre otras».

2. Por diligencia de ordenación de 13 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6.^a, 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 Marcos y Agustina, representados por el procurador José Ignacio de Noriega Arquer; y como parte recurrida la entidad Banco Sabadell, S.A., representada por la procuradora María Blanca Grande Pesquero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Marcos y doña Agustina contra la Sentencia dictada el 6 de febrero de 2014 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.^a) en el rollo n.º 473/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 897/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Oviedo».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Sabadell 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 3 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.

i) El 26 de marzo de 2008, Marcos y Agustina suscribieron cada uno de ellos con el Banco Herrero (hoy, Banco de Sabadell) un contrato de arrendamiento financiero para la adquisición del equipamiento técnico necesario para la puesta en marcha de un huerto solar en el Parque de Almaraz, por un importe cada uno de ellos de 1.109.364,76 euros.



ii) Al día siguiente, 27 de marzo de 2008, Marcos y Agustina suscribieron con el mencionado banco sendos CMOF con sus dos anexos. Previamente, el 19 de marzo de 2008, habían firmado sendos escritos en los que se expresaban en los siguientes términos:

«Por la presente, les solicito la contratación del producto SWAP, incluido en la familia Derivados, de forma expresa y bajo mi responsabilidad, conociendo que el producto no es conveniente para mí, según indica el resultado del test de conveniencia».

En la parte inferior de dichos documentos aparecía encuadrado y en mayúsculas el texto siguiente:

«Carta 16: operación forzada tras test conveniencia negativo p.física».

iii) Al amparo de estos CMOF, y a solicitud de los interesados, el 31 de marzo de 2008, se firmaron las respectivas confirmaciones de los contratos de permuta financiera, con un nominal de 725.000 euros, inicio el 31 de marzo de 2008 y vencimiento el 31 de marzo de 2011.

En cada una de las solicitudes previas aparecía marcada con una X o aspa la casilla referente a un texto según el cual el cliente había solicitado expresamente la contratación del producto a pesar de que el resultado del test de conveniencia mostrara que no era idóneo para su perfil.

iv) En la documentación firmada por las partes se calificó el producto como complejo y al cliente como minorista. Pese a lo cual, no consta que la entidad bancaria ofreciera información específica, ni precontractual ni contractual, sobre el perjuicio económico que podría derivarse de la bajada sostenida del Euribor ni sobre el coste de la cancelación anticipada. Tampoco se ha demostrado que los contratantes contaran con el asesoramiento específico de un experto en este tipo de productos.

v) Después de tres liquidaciones positivas, la correspondiente al primer trimestre de 2009 ya fue negativa. En ese momento, al intentar cancelar la operación, los clientes fueron informados por el banco de que el coste de dicha cancelación anticipada era de 39.000 euros por contrato (78.000 euros en total).

vi) En estas circunstancias, el banco ofreció como alternativa la cancelación de las permutas financieras contratadas, la condonación del coste de cancelación y la contratación de nuevos swaps.

El 4 de mayo de 2009, tanto el Sr. Marcos como la Sra. Agustina, representados por su abogado Juan Luis Tuero Aller, firmaron las correspondientes solicitudes de contratación del producto derivado denominado «Collar Creciente con Barrera Desactivante», con un nominal de 725.000 euros cada uno, inicio el 2 de enero de 2010 y vencimiento el 2 de enero de 2014.

El 6 de mayo de 2009, Marcos y Agustina firmaron, también por medio de su apoderado, los correspondientes documentos de cancelación de los productos suscritos en marzo de 2008, en los que aparece el texto siguiente:

«A los efectos [Agustina, en uno, y Marcos en el otro] ha satisfecho a BANCO DE SABADELL, S.A. como precio de dicha cancelación, la cantidad de EUR 39.000,00 que se considera recibida en su totalidad, sin nada más que pedir ni reclamar, por lo que este documento tiene la consideración de saldo y finiquito».

Finalmente, Marcos y Agustina, por medio de su abogado, suscribieron los nuevos swaps el 7 de mayo de 2009. De conformidad con la normativa MiFID, el banco calificó el producto de complejo y a los respectivos clientes de minoristas. La Sra. Agustina suscribió las operaciones n.º NUM000 (tipo CAP, venta), y NUM001 (tipo FLOOR, compra), y el Sr. Marcos las operaciones n.º NUM002 (Tipo CAP, venta), y n.º NUM003 (tipo FLOOR, compra). Todas ellas con un nominal de 725.000 euros, fecha de operación 5 de mayo de 2009, inicio el 4 de enero de 2010 y vencimiento el 2 de enero de 2014. En ese momento el Euribor estaba en el 1,77%.

vii) A partir del año 2010 se repitieron las liquidaciones negativas. A fecha 2 de octubre de 2011, el saldo total de las liquidaciones negativas ascendía a la suma de 99.135,94 euros y el de las positivas a 3.892,20 euros. El saldo desfavorable para los demandantes era de 95.243,74 euros.

2. En julio de 2011, Agustina y Marcos presentaron una demanda contra el Banco Sabadell (Banco Herrero), en la que pedían la nulidad, por error vicio en el consentimiento, de los reseñados contratos suscritos por cada uno de ellos de forma sucesiva y la restitución de las recíprocas prestaciones abonadas entre las partes más sus intereses, así como la imposición de las costas a la parte demandada.

En la fundamentación jurídica se razonaba que en la comercialización de estos swaps se omitió información sobre el coste de su cancelación anticipada y sobre las importantes consecuencias patrimoniales que para el cliente podían derivarse de una bajada drástica de tipos de interés. En cuanto a la suscripción de los segundos swaps, se alegaba que había sido impuesta por el banco como condición indispensable para la condonación de los costes de cancelación de los precedentes.



3. La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda, declaró la nulidad de todos los contratos litigiosos y condenó al banco a devolver la suma de 95.243,74 euros, diferencia a fecha 3 de octubre de 2011 entre las liquidaciones negativas (99.135,94 euros) y las positivas (3.892,20 euros), sin perjuicio de su aumento o disminución como consecuencia de las que se siguieran practicando hasta la fecha de finalización de los contratos (2 de enero de 2014). También condenó al pago de los intereses de los arts. 1108 CC y 576 LEC , computados desde la fecha de la demanda «ante la falta de prueba de la fecha de recepción de las reclamaciones extrajudiciales y su falta de concreción en cuanto a la cantidad de dinero reclamada».

El juzgado apreció la concurrencia de error vicio en la contratación de estos swaps, en atención a lo siguiente. La documentación contractual es compleja, cargada de tecnicismos, y adolece de falta de claridad sobre el tipo de operación realmente contratada. El banco no informó del coste económico que traería consigo una acusada y sostenida bajada del Euribor, ni del coste de cancelación del producto, pese a ser consciente de que se trataba de productos financieros complejos y del elevado riesgo que implicaban para clientes minoristas. Y los demandantes se vieron obligados a reestructurar los swaps de 2008 ante el riesgo de tener que pagar un elevado importe por su cancelación anticipada (39.000 euros por cada uno, 78.000 euros en total, importe que se cargó en cuenta aunque luego los cargos se anularon), lo que determina la existencia de vicio en el consentimiento también en las operaciones suscritas en mayo de 2009, sin que quepa aplicar la doctrina de los actos propios.

4. La sentencia de primera instancia fue apelada por el banco. La Audiencia estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

La sentencia de apelación reconoce que los contratos de permuta financiera de 31 de marzo de 2008 fueron contratados con error vicio por parte de los demandantes, pues eran clientes minoristas y el banco no suministró información suficiente sobre los riesgos específicos del producto (de alto riesgo), en particular sobre el coste económico de una futura bajada del Euribor y el desorbitado coste de la cancelación anticipada. Pero razona a continuación que «el asunto presenta un nuevo elemento a valorar pues consta que, una vez conocido el vicio, las partes negociaron y encontraron solución al conflicto mediante la cancelación sin coste del primer contrato y la suscripción de otro en otras condiciones que se suponían más favorables». Entiende que se trata de una verdadera transacción regida por los arts. 1816 y 1817 CC , con valor de cosa juzgada en cuanto que impide «exhumar» vicios o defectos que afectan a la relación jurídica transigida, y solo está permitido anular la transacción por vicios afectantes al propio negocio transaccional (lo cual, ni fue alegado por la parte demandante ni consta probado que concurrieran al firmar la operación en mayo de 2009, pues entonces los demandantes ya contaban con asesoramiento de un letrado de su designación y tenían la experiencia previa de los productos inicialmente contratados).

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de un único motivo.

Frente a las objeciones a la admisión del recurso formuladas por el banco demandado, debemos advertir que el recurso identifica con suficiente claridad las normas jurídicas que se denuncian infringidas (arts. 1265 y 1266 CC sobre el error vicio, y los arts. 1311 en relación con el 1309 CC), y la cuestión jurídica controvertida (la existencia del error vicio y el alcance limitado de la transacción); no altera la base fáctica de la sentencia recurrida, pues sólo discute su valoración jurídica; y el interés casacional queda justificado a la vista de la jurisprudencia que luego reseñaremos al resolver el recurso.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1 . Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con el 1817 CC , por aplicación indebida, y el art. 1311 CC en relación con el 1309 CC . Para justificar la oposición a la jurisprudencia de la sala, se citan las sentencias «726/2000 de 17/07/2000 ; 626/2013 de 29/10/2013 ; 683/2012 de 21/11/2012 ; 315/2009 de 13/05/2009 y 840/2013 de 20/01/2014 , entre otras».

Para los recurrentes, la razón decisoria de la sentencia recurrida no se encuentra en la inexistencia de error vicio, sino en la conclusión de que «no se dan los requisitos para que dicho error abarque a los contratos swaps suscritos en mayo de 2009», que la Audiencia Provincial consideró fruto del acuerdo transaccional por el que se cancelaron las primeras permutas a cambio de la contratación de otras. Frente a ello se alega que en la demanda también se pidió la nulidad de estos últimos contratos, pues el error vicio padecido afectaba a todos ellos. Se trataba de un error excusable dado el perfil de los contratantes y la actuación de la entidad bancaria. Si se declaraban nulos los contratos de marzo de 2008, también debían serlo los que se suscribieron en mayo de 2009 en la medida que venían referidos a aquellos y que se firmaron mediando el mismo error vicio en el consentimiento, «y en la creencia de servir para eliminar el anterior producto y, ahora sí, contratar uno seguro».

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



2. Estimación del motivo . Tanto los dos contratos de permuta financiera concertados el 31 de marzo de 2008, como los que se firmaron el 4 de mayo de 2009, tras la cancelación de los dos anteriores, son posteriores a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, al introducir el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre].

3. En 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 reseñados 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, la entidad financiera demandada (Banco Herrero) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a los clientes (Marcos y Agustina) que les permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia reconoce que esta información no fue suministrada cuando se concertaron las dos permutas financieras de 31 de marzo de 2008, pues los clientes desconocían los riesgos concretos que podía derivarse del producto contratado y los elevados costes de cancelación.

La controversia radica en si el acuerdo que alcanzó el abogado de los demandantes, en representación suya, con el banco en mayo de 2009, por el que se cancelaron los dos swaps anteriores, sin coste de cancelación, y se concertaron dos nuevos swaps, al parecer, en condiciones más beneficiosas, venía a sanar el error respecto de los dos primeros swaps y ponía en evidencia respecto de esta segunda contratación que no existía error.

4. En las condiciones en las que se produjo la cancelación de los dos swaps de 2008 y su sustitución por los del 2009 no cabe hablar de una confirmación de los contratos viciados por error vicio. Según la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 19/2016, de 3 de febrero , 164/2016, de 16 de marzo , 503/2016, de 19 de julio y 691/2016, de 23 de noviembre :

«como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria».

Para que el error excusable e invalidante del contrato se subsane mediante la confirmación del negocio jurídico por los propios y vinculantes actos de la persona que lo sufrió -de modo que dichos actos impidan un actuar posterior incompatible- es necesario el pleno conocimiento de la causa a la hora de fijar una situación jurídica.

La cancelación anticipada del contrato no constituye un acto tácitamente convalidante, en tanto que dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico (sentencia 741/2015, de 17 de diciembre , citada por la posterior 164/2016, de 16 de marzo). Es decir, en evitar la «sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas» (sentencia 503/2016, de 19 de julio). Esta sentencia declaró que, aunque se canceló anticipadamente el contrato, la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas (también la sentencia 57/2016, de 12 de febrero).

En el presente caso, ha quedado acreditado que la cancelación anticipada sin coste alguno vino condicionada por la concertación de un nuevo swap, en unas condiciones que se pensaban eran más beneficiosas.



Nuevamente, al concertar estos segundos swaps no se informó correctamente de los riesgos que comportaban, que se actualizaron en seguida. El error en esta segunda contratación radica en representarse que, en las condiciones que se ofrecían por el banco, estos segundos swaps no iban a dar lugar a liquidaciones tan negativas como las que se generaron después, además de que vino forzada por el banco para poder cancelar los anteriores swaps.

5. De esta forma, los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que el error vicio con que concertaron los demandantes las dos primeras permutas financieras (marzo de 2008), concurrió nuevamente cuando se concertaron los dos swaps de mayo de 2009, que sucedían a los dos anteriores, pues estos dos últimos fueron aceptados como condición necesaria para acabar con la sangría derivada de los dos anteriores (2008) y bajo la creencia de que por las condiciones ofrecidas no se producirían liquidaciones tan negativas como las que se habían generado con los dos primeros.

En realidad, lo que la Audiencia entiende por transacción, el acuerdo de cancelar los dos primeros swaps sin coste de cancelación y concertar dos nuevos swaps, estaba también viciado por el error. La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados a estas dos nuevas permutas financieras contratadas, lleva implícito que los clientes, de haberlos conocido, no hubieran accedido a contratarlas. Esto es, de haber sabido que estos dos nuevos swaps, que sustituían a los dos anteriores, podían llegar a generar liquidaciones tan negativas como las que generaron, no los habrían contratado.

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 desestimación del recurso de apelación formulado por Banco Sabadell y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

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 íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Sabadell, imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 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 Marcos y Agustina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 6ª) de 6 de febrero de 2014 (rollo núm. 473/2013), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo de 17 de septiembre de 2012 (juicio ordinario 897/2011), 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.