ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 41/2014
Fecha Sentencia: 17/02/2014
CASACIÓN
Recurso Nº: 320/2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando
Votación y Fallo: 22/01/2014
Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Ferrándiz Gabriel
Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima, con sede en Gijón
Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García
Escrito por: PBM
Nota:

Permuta de tipos de interés. Defecto de información y error.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CASACIÓN Num.: **320/2012**
Ponente Excmo. Sr. D.: **José Ramón Ferrándiz Gabriel**
Votación y Fallo: **22/01/2014**
Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. José María Llorente García**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

***SENTENCIA Nº:* 41/2014**

Excmos. Sres.:

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel
D. Antonio Salas Carceller
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por Bankinter, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña , contra la sentencia dictada el veintiuno de noviembre de dos mil once, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón. Ante esta Sala compareció la Procurador de los Tribunales doña , en representación de Bankinter, SA, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida
representada por el Procurador de los Tribunales don

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Gijón, el dieciocho de enero de dos mil diez, la Procurador de los Tribunales doña , obrando en representación de interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter, SA.

En el escrito de demanda, la representación procesal de alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, a finales de dos mil seis, pretendió obtener un préstamo con hipoteca para comprar una nave y modernizar su explotación fabril, para lo que entró en negociaciones con la demandada, Bankinter, SA, en cuyo establecimiento tenía abiertas diversas cuentas, llegando a la negociación inicial sobre un préstamo de un millón novecientos mil euros (1 900 000 €). Que dudó sobre si le interesaba aceptar un interés variable – Euribor a un año más un uno por ciento - o un interés fijo al siete por ciento. Que entonces el banco le ofreció la posibilidad de convenir la aplicación de un interés variable, combinado con un seguro para el caso de subidas del tipo de interés, con lo que consiguió que firmase, el quince de noviembre de dos mil seis, el correspondiente contrato, que aportaba como documento número 1. Que el nominal contratado para la determinación del interés fue el del préstamo, esto es, un millón novecientos mil euros (1 900 000 €).

Añadió que, no obstante, otra entidad de crédito le ofertó un préstamo con mejores condiciones, por lo que renunció al que había convenido con Bankinter, pero se olvidó de que tenía concertado el referido contrato de *"seguro"*, de quince de noviembre de dos mil seis, el cual, como le dijo la demandada, empezó a operar autónomamente, con independencia del préstamo hipotecario, convenido con otra entidad.

Que el contrato produjo liquidaciones trimestrales, cuyos resultados se incluían en su cuenta corriente y que, en dos mil nueve, Bankinter le remitió liquidaciones negativas para la demandante, por importe de mil quinientos euros (1 500 €) mensuales.

Por ello formuló una reclamación al servicio de atención al cliente de la demandada, con fecha veintiuno de diciembre de dos mil nueve, a la que

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

respondió Bankinter comunicándole la resolución anticipada del contrato, pero con un coste de noventa y dos mil seiscientos setenta y cinco euros, con dieciséis céntimos (92 675,16 €).

Que, en definitiva, interesaba en la demanda la anulación del contrato, ya que, según lo pactado, cuando concurriera la situación más desfavorable para el cliente, subían en su contra los intereses de la hipoteca y el producto no le servía de nada, porque sólo le reportaba el cero con diez por ciento anual del capital, mientras que había de pagar el interés de la hipoteca más alto, de modo que la situación más favorable al cliente nunca se daba.

Resumió su planteamiento afirmando que se trataba de un contrato sin causa y, además, con el consentimiento viciado por dolo o error.

En el suplico de la demanda, la representación procesal de interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que contenga "*los siguientes pronunciamientos: a) Se declare la nulidad del contrato de seguro celebrado entre las partes el quince de noviembre de dos mil seis, que se acompaña a esta demanda como documento número 1. b) Condenando a Bankinter, SA a restituir y devolver a nuestro mandante todo lo percibido o a renunciar a lo pendiente de percibir en virtud del mismo, con sus respectivos intereses. c) Se imponga a la demandada las costas del presente procedimiento*".

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón, que la admitió a trámite, por auto de veinticinco de enero de dos mil diez, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 37/2010.

Bankinter, SA fue emplazada y se personó representada por la Procurador de los Tribunales doña , la cual contestó la demanda en tal condición.

La representación procesal de Bankinter alegó en el escrito de contestación, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la demanda de se encuadraba en el grupo de las interpuestas en su contra, por una sobrevenida e interesada ignorancia sobre el funcionamiento de los productos contratados y que ofendía a la inteligencia que una sociedad con asesores fiscales y financieros, como era la

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

demandante, pudiera haber padecido el error o ignorancia que alega. Que, en concreto, don , el administrador de la demandante, era una persona muy conocida por el banco por su formación en temas financieros y sus inversiones de alto riesgo y que, en su día, solicitó del banco un crédito por importe de cien mil euros (100 000 €), cuya finalidad era pura especulación.

Que el contrato litigioso era un "*contrato de gestión de riesgos financieros*", cuyo título resultaba suficientemente descriptivo, en cuyas condiciones particulares era denominado Clip Bankinter. Que el mismo consiste en una permuta financiera – o swap -, por el que se da una cantidad de dinero a cambio de otra, produciéndose la compensación entre ambas obligaciones y resultando un neto a deber por la parte que corresponda. Que en la exposición primera se dice que "*el cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar*".

Que, propiamente, se firmó un contrato marco o condiciones generales y unas condiciones particulares, en las que se concretaron los detalles de las condiciones aplicables. Que, como se dice en la cláusula tercera de las condiciones generales, se realizarían "*una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el cliente. En las condiciones particulares de cada producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo*". Que, en las condiciones particulares, se señalaron los datos en concreto: duración de cinco años; fecha de inicio de la comercialización: el veintisiete de octubre de dos mil seis; y fecha de fin de la misma: el dieciséis de noviembre de dos mil seis; fecha de inicio del producto: el veintidós de noviembre de dos mil seis; y de vencimiento: el veintidós de noviembre de dos mil once; periodicidad de las liquidaciones: trimestrales, los días veintidós; cantidades: Primer periodo. Paga el cliente el tres con cincuenta por ciento si el Euribor de tres meses es menor o igual al cuatro por ciento y el cero con diez por ciento si el Euribor de tres meses es mayor del cuatro por ciento; en el segundo periodo: Paga el cliente el tres con noventa y cinco por ciento si el Euribor de tres meses es menor o igual al cuatro con cuarenta y cinco por ciento y el cero con diez si el Euribor es superior.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Añadió que se habían interpuesto varias demandas invocando el error, pero que lo alegue quien reiteradamente suscribe este producto, como el demandante, acerca su postura a la tentativa de fraude procesal. Que no se trataba de un seguro como sabía perfectamente el administrador de I ., don , que inició conversaciones para un préstamo hipotecario, con fines especulativos, y lo contrató con otra entidad.

Que, además, en las condiciones generales se expresaba que el cliente "*conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe conllevan un cierto grado de riesgo derivados de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés, de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente...*". Que era evidente que se obligaba a pagar dependiendo del momento y de la evolución del Euribor trimestral. Que en la cláusula sexta de las condiciones generales se facultaba al cliente para "*cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares... En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercando en el momento de la cancelación*" o, en su caso, "*en el de la solicitud*".

Que la demandante no alegó el error hasta la primera liquidación negativa para la entidad.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Bankinter, SA, interesó del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón, una sentencia que "*desestimando íntegramente la demanda formulada de adverso, absuelva a mi representada de las pretensiones frente a ella deducidas con imposición de costas a la parte adversa*".

TERCERO. El Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón, celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, dictó sentencia, en el juicio ordinario número 37/2010, el veintinueve de septiembre de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Que estimando la demanda formulada por doña*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de contra Bankinter, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña , debo declarar y declaro haber lugar a la misma y, en consecuencia: Debo declarar la nulidad del contrato celebrado entre las partes el día quince de noviembre de dos mil seis, al que se refiere el documento número uno de los aportados con la demanda. Debo condenar a Bankinter, SA a restituir y devolver a , todo lo percibido, renunciando a lo pendiente de percibir en virtud del mencionado contrato, con sus respectivos intereses y ello sin perjuicio de la acción que le asiste a la demandada para reclamar lo por ella entregado y percibido por el actor en virtud de dicho contrato. Debo condenar en costas a la demandada".

CUARTO. La representación procesal de Bankinter, SA recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón, dictada, en el juicio ordinario número 37/2010, el veintinueve de septiembre de dos mil diez.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Asturias, en la que se turnaron a la Sección Séptima, la cual tramitó el recurso, con el número de rollo 130/2011, y dictó sentencia con fecha veintidós de noviembre de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: "*Fallamos. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter, SA, contra la sentencia de veintinueve de septiembre de dos mil diez, dictada en autos de juicio ordinario 37/10, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón, que se confirma, con imposición de las costas de la apelación al recurrente*".

QUINTO. La representación procesal de Bankinter, SA interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, en el rollo 130/2011, con fecha veintidós de noviembre de dos mil once.

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de veintiocho de mayo de dos mil trece, decidió: "*Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bankinter,*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SA, contra la sentencia dictada, con fecha veintiuno de noviembre de dos mil once, por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Séptima, con sede en Gijón), en el rollo de apelación número 130/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario número 37/2010 del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón".

SEXTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bankinter, SA, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, en el rollo 130/2011, de veintidós de noviembre de dos mil once, se compone de dos motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma tercera del artículo 477, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:

PRIMERO. La infracción de los artículos 78 bis) y 79 bis) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.

SEGUNDO. La infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el artículo 1281 del mismo Código.

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don , en nombre y representación de ., impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

OCTAVO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintidós de enero de dos mil catorce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

La sentencia recurrida desestimó el recurso de apelación de la demandada, Bankinter, SA, contra la de la primera instancia que, a demanda de ., había anulado el contrato de gestión de riesgos financieros celebrado por ambas sociedades tres años antes, el cual incorporaba una permuta de tipos de interés, a liquidar trimestralmente.

De las causas de nulidad, absoluta o relativa, hechas valer en la demanda por – la falta de causa, el dolo de Bankinter, SA y el error vicio sufrido por quien había representado a la demandante al contratar –, las sentencias de ambas instancias declararon concurrente la última y anularon el contrato.

Según se expresa en el primero de los fundamentos de la sentencia de apelación, Bankinter, SL, alegó en la segunda instancia que no era cierto el error afirmado por . y que el administrador de dicha sociedad, además de un inversor avezado, había percibido varias liquidaciones periódicas de los intereses en el funcionamiento del contrato, sin cuestionar la validez del mismo mientras fueron positivas para ella.

El Tribunal de segunda instancia dio respuesta al recurso reproduciendo – en el fundamento de derecho segundo - los argumentos que habían servido de apoyo a otras sentencias propias - al parecer, referidas a contratos celebrados por la misma recurrente -. Y, en el único fundamento específicamente destinado al contrato litigioso – el tercero -, tras destacar la importancia de que las entidades dedicadas a prestar servicios financieros den cumplimiento a los deberes de información que les vienen impuestos – teniendo en cuenta las condiciones de sus clientes, el riesgo que la operación implicara y la desigualdad de prestaciones a cargo de quienes en ella intervenían -, se formuló las preguntas de si se había producido "*adecuada información y si el consentimiento del actor fue formado correctamente*" y dio a ellas una contestación negativa, puesto que ., hasta "*diciembre de dos mil nueve [... con mucha posterioridad a la perfección del contrato...], no recibe la parte una información del costo (elevadísimo) que supone la cancelación anticipada del producto, cifrado entonces en noventa y dos mil seiscientos setenta y cinco euros con dieciséis céntimos, importe en el que fija y se representa Bankinter el coste y pérdidas de su cancelación, sobre el que, al margen de la valoración sobre su realidad, debe ser objeto de*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

información previa para evaluar el riesgo que representa una firma del contrato como el que nos ocupa, que penaliza en tan importante suma el desistimiento o resolución anticipada; información ausente hasta esa fecha, sin que la existencia de liquidaciones positivas de escasa cuantía permita adoptar la solución contraria a la expuesta, que aboca a la nulidad interesada, en coherencia con la doctrina de esta Sala ya adoptada en resoluciones que gozan de firmeza, a las que nos remitimos".

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso Bankinter, SA recurso de casación por dos motivos.

SEGUNDO. Enunciados y fundamentos de los dos motivos del recurso de casación.

I.- En el primero de los motivos de su recurso de casación denuncia Bankinter, SA la infracción, por indebida aplicación, de los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, así como de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Alega la recurrente que esas normas habían sido indebidamente aplicadas, por cuanto no estaban en vigor cuando el litigioso contrato se perfeccionó por las litigantes. Y, además, que el mismo no tenía por objeto un producto de inversión en el sentido que las referidas normas daban al término.

II.- En el segundo motivo denuncia Bankinter, SA la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el 1281 del mismo cuerpo legal.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación se había limitado a expresar unos razonamientos abstractos sobre el deber de información, sobre su importancia y sobre las consecuencias de su falta, sin determinar cuál había sido el error sufrido por la demandante ni identificar la materia objeto de la equivocación, limitándose a equiparar el defecto de información con el error en el consentimiento.

A mayor abundamiento niega que el error, de existir, fuera esencial y excusable.

TERCERO. Desestimación del primero de los motivos.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El primero de los motivos debe ser desestimado, exclusivamente por la interpretación que hacemos de la sentencia recurrida, la cual nos lleva a entender que las normas que la recurrente dice indebidamente aplicadas, realmente no las aplicó el Tribunal de apelación al litigio entre y Bankinter, SA.

Como se dijo, el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida lo destinó el Tribunal de apelación, íntegramente, a reproducir "*in extenso*" las argumentaciones que habían dado soporte a otras decisiones propias sobre la materia, recaídas en anteriores procesos.

Ciertamente, como denuncia la recurrente, la reproducción contenida en ese fundamento de derecho contiene referencias - además de a consideraciones generales e, incluso, a pruebas en aquellos otros procesos practicadas -, al artículo 60, apartado 5, del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero – precepto referido a las condiciones que debe cumplir la información sobre resultados futuros para ser imparcial, clara y no engañosa - y al artículo 79 bis, apartado 3, in fine, de la Ley 24/1988, de 28 de julio – precepto relativo a las obligaciones de información de las entidades que prestan servicios de inversión -, como normas incumplidas en los casos enjuiciados en la sentencias citadas.

No obstante, dichas menciones – como se ha dicho, contenidas en sentencias reproducidas en la ahora recurrida - habrían sido, sin duda, útiles para decidir los casos enjuiciados en los respectivos procesos, pero carecen de relación con la que, en este, constituía la "*res de qua agitur*", esto es, con la materia objeto del conflicto que hemos de decidir.

Es cierto que, al comienzo del fundamento segundo de su sentencia, el Tribunal de apelación proclamó la identidad entre este y los conflictos anteriores. Pero con esa afirmación inicial no basta para que debamos entender que lo declarado por dicho órgano judicial para otros litigios valga, sin más, para decidir el surgido al suscribir . el contrato de gestión de riesgos financieros de que se trata. Y, en particular, para entender que Bankinter, SA infringió las normas a que se refiere el motivo.

Impide llegar a esa conclusión, en primer término, la consideración de que lo normal y lo procedente es que no se prescinda de las circunstancias de cada caso para determinar si un contratante informó o no al otro y, con mayor

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

razón, si uno de ellos padeció o no error al contratar. Y, en segundo término, la evidencia de que los supuestos enjuiciados en los procesos no eran, realmente, los mismos, como pone de relieve el hecho de que el contrato de gestión de riesgos financieros a que se refiere el recurso de casación hubiera sido celebrado en el año dos mil seis, cuando no habían sido promulgadas las repetidas normas.

Es evidente que de no darse esa interpretación a la sentencia recurrida, la conclusión debería ser la que ha postulado la recurrente, dado que las normas a que se refiere el motivo habrían sido incorrectamente aplicadas.

CUARTO. Argumentos que llevan a decidir el segundo motivo.

La decisión del segundo motivo del recurso de casación, en el que la recurrente señala como infringidas las normas sobre el error - al haber considerado el Tribunal de apelación que, conforme a ellas, el vicio existió y tenía entidad suficiente para invalidar el contrato -, parte de un conjunto de consideraciones que, a modo de premisas, llevarán lógicamente a la conclusión requerida.

1ª.- Una interpretación libre del motivo de casación podría llevar a entender que lo que en él denuncia Bankinter, SA es un defecto de motivación de la sentencia recurrida. Sin embargo, no cabe desconocer que la recurrente, en legítimo ejercicio de sus facultades de defensa, ha optado por llevar el defecto al ámbito del recurso de casación, al que debemos dar respuesta conforme a su régimen específico.

2ª.- El recurso de casación no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda. Antes bien, cumple la función de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida por el Tribunal que la dictó – sobre ello, sentencias 532/2008, de 18 de julio, 142/2010, de 22 de marzo, y 153/2.010, de 16 de marzo, entre otras muchas –.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Ese carácter de la casación impone respetar los hechos que declaró probados el Tribunal de apelación y cierra la posibilidad de alterarlos al decidir el recurso de casación.

No obstante, los hechos también constituyen el enunciado de las normas que a ellos vinculan la consecuencia jurídica pretendida, de manera que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con el precepto del que constituyen supuesto, a fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista.

Esa doble consideración de los hechos, cómo acontecimiento y como enunciado, impone someterlos – no obstante ser intocables como tales en casación - a determinados juicios de valor que aportan criterios para posibilitar su subsunción en la norma de que se trate.

Y el control de estos enjuiciamientos no queda fuera de este extraordinario recurso – sentencias 797/2011, de 18 de noviembre, 22/2012, de 7 de febrero, 71/2012, de 20 de febrero, 75/2012, de 29 de febrero, 138/2012, de 20 de marzo, entre otras muchas –.

Hay que añadir que esos juicios de valor son particularmente necesarios para declarar existente el error, como vicio del consentimiento; esto es, para afirmar que la voluntad de una de las partes contratantes se formó sobre la base de una creencia inexacta.

La sentencia 26/1996, de 25 de enero – con cita de otras – recordó, al respecto, que "*es cuestión de hecho, reservada a la libre apreciación del Tribunal de instancia, la concurrencia o no de consentimiento viciado, que ha de entenderse respecto a los hechos, pero no a su valoración jurídica para poder alcanzar si de los mismos se deduce la existencia de error, por integrar propia función juzgadora casacional, que esta Sala reserva apreciar y decidir*".

3ª.- Respecto del error puso de manifiesto la sentencia de 29 de diciembre de 1978 que la voluntad, base esencial del contrato, ha de ser libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten dichas condiciones, por lo que la Ley considera un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando, en otros o siempre, el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias, en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder a lo que quisieron o hubieran querido los contratantes.

4ª.- Parece innecesario destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el trasparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión.

Omitir esa información – que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa – puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación - sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 -; en la sentencia 243/2013, de 18 de abril, destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada "*lex privata*" o "*lex contractus*" que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante.

Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios.

Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado – otra cosa es que sea excusable – y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue.

Esa conclusión, que viene motivada por la peculiar estructura de la sentencia recurrida, se formula a los solos efectos de guiar la revisión – reclamada en el motivo - de los juicios de valor que llevaron al Tribunal de apelación a anular, por error de la demandante, el contrato litigioso.

4ª.- Es claro que cuando, de entre los distintos remedios que el ordenamiento ofrece, se opta por el que lleva a la anulación del contrato por error vicio, se impone obtener la prueba del mismo, demostrando los hechos externos que

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

llevaron a él, esto es, los datos que permitan deducir si lo hubo o no. La jurisprudencia así lo ha exigido tradicionalmente.

La sentencia de 10 de marzo de 1980 precisó que "*la concurrencia de ese vicio, por implicar una anormalidad contractual, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad*". Y la número 495/1995, de 30 de mayo,"*que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de la existencia y realidad de los mismos, cuya prueba incumbe a la parte que los alega*".

Cierto que, como se expuso antes, la prueba de los hechos corresponde valorarla a los Tribunales de las instancias y, por ello, que el que podemos denominar componente fáctico del error no puede ser revisado en casación. Pero también lo es que los enjuiciamientos precisos para subsumirlos en la norma reguladora – susceptibles de ser revisados - no tienen una significación abstracta, sino que sufren las consecuencias negativas de una deficiente base fáctica.

QUINTO. El fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida.

Tras esas consideraciones, debemos volver a la sentencia recurrida, que sólo dedica al caso enjuiciado – al margen de la inicial referencia a las alegaciones de la apelante – el fundamento de derecho tercero.

Examinado ese fundamento se advierten en él dos partes.

En una primera, tras destacar que la demandante – propiamente, quien la representó al contratar – no era "*un experto en contratos financieros complejos*", el Tribunal de apelación afirmó la importancia de una información "*precontractual, contractual y postcontractual [...] para formar adecuadamente el consentimiento*", sin tener en cuenta que el error vicio del consentimiento es totalmente ajeno a la ausencia de una información posterior a la perfección del contrato – a la que, además y según se entiende, atribuye especial importancia, como resulta de las referencias a que "*la crisis se vislumbra en el horizonte y era posible predecir para una entidad bancaria un flujo a la baja de los tipos [...] pese a las tendencias alcistas del periodo inmediatamente anterior a la oferta, tendencias que continúan poco tiempo después [...]*" –. Por otro lado, el Tribunal de apelación se refiere a la información "*expresada en*

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

anteriores sentencias", en las que, como se expuso, aparecen mencionadas algunas normas que no habían entrado en vigor cuando el contrato litigioso se perfeccionó.

La conclusión de que dicha parte del fundamento tercero de la sentencia recurrida no contiene los juicios de valor suficientes para afirmar que la voluntad de la demandante se formó anormalmente por haber creído algo que no se correspondía con la realidad entonces contemplada, se reafirma con la lectura de la segunda parte del mismo fundamento, en la que el Tribunal de apelación – ahora entrando, sin duda, en las circunstancias particulares del caso – considera como "*cuestión relevante a la hora de determinar si se ha producido adecuada información y si el consentimiento del actor fue formado correctamente*", el hecho de que la demandante no recibiera "*una información del costo (elevadísimo) que supone la cancelación anticipada del producto*", más que "*con mucha posterioridad a la perfección del contrato*".

Visto el contenido de la sentencia recurrida y ponderadas las posibilidades de defensa de la recurrente, consideramos que no puede ser más que esta última la "*ratio*" de la decisión contra la que recurre.

SEXTO. La esencialidad del error vicio.

La sentencia 683/2012, de 21 de noviembre, con un resumen de la jurisprudencia sobre el error, recordó que un elemental respeto a la seriedad de la contratación y, al fin, a la palabra dada impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide los contratos y pueda quien dice haberlo sufrido quedar desvinculado de ellos.

Entre las exigencias para que quepa hablar de error vicio se encuentra la referida a su esencialidad, en el sentido de que ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato.

En este caso y a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato.

Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos.

El motivo – en el que se negó que el error vicio existiera y, en todo caso, que fuera esencial – debe ser estimado.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimar la demanda.

SÉPTIMO. Régimen de las costas.

En aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede que formulemos pronunciamiento de condena sobre las costas del recurso de casación que estimamos.

En cuanto a las costas de las instancias, el tenor de las sentencias recaídas en ambas justifica aplicar la excepción que establece el artículo 394 de la citada Ley y no formular tampoco pronunciamiento de condena al respecto.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Bankinter, SA, contra la sentencia dictada, con fecha veintiuno de noviembre de dos mil once, por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón.

Casamos dicha sentencia y, en su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Gijón, en el juicio ordinario número 37/2010, el veintinueve de septiembre de dos mil diez, la cual dejamos sin efecto.

En definitiva, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por . contra Bankinter, SA.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

No formulamos pronunciamiento de condena en cuanto a las costas de las dos instancias y de la casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-**José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Sarazá Jimena.-Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.-**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

Descargado de http://rdmf.wordpress.com/