



Roj: **STS 646/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:646**

Id Cendoj: **28079110012017100116**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **2770/2013**

Nº de Resolución: **119/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1055/2013,**
STS 646/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 23 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Granada. El recurso fue interpuesto por Eliseo , representado por la procuradora María José Rodríguez Teijeiro. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representado por el procurador Eduardo Codes Feijóo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Mónica Navarro Rubio Troisfontaines, en nombre y representación de Eliseo , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Granada, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que: - declare nulo el contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar de fecha doce de junio de 2008, y declare nulo el contrato marco de operaciones financieras de doce de junio de 2008, suscritos entre mi mandante y Banco Santander.

- Declare que mi mandante no debe cantidad alguna por dichos contratos.

- Condene a la demandada a retrotraer las cantidades que la entidad cargue en la cuenta de mi mandante como consecuencia del contrato declarado nulo y hasta ejecución de sentencia.

- Igualmente condene a la demandada a pagar los intereses legales de todas las cantidades desde la fecha de su cargo en la cuenta de mi mandante.

- Condene a la demandada al pago de las costas procesales.

»Alternativamente:

- Declare resuelto el contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar de fecha doce de junio de 2008, y declare resuelto el contrato marco de operaciones financieras de doce de junio de 2008, suscritos entre mi mandante y Banco Santander.

- Declare que mi mandante no debe cantidad alguna por dichos contratos.



- Condene a la demandada a retrotraer las cantidades que la entidad cargue en la cuenta de mi mandante como consecuencia del contrato declarado nulo y hasta ejecución de sentencia.
- Igualmente condene a la demandada a pagar los intereses legales de todas las cantidades desde la fecha de su cargo en la cuenta de mis mandantes.
- Condene a la demandada al pago de las costas procesales.

»Alternativamente:

- Se declare la cancelación del contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar de fecha doce de junio de 2008, y declare cancelado el contrato marco de operaciones financieras de doce de junio de 2008, suscritos entre mi mandante y Banco Santander a coste cero.
- Declare que mi mandante no debe cantidad alguna por dichos contratos.
- Condene a la demandada a retrotraer las cantidades que la entidad cargue en la cuenta de mis mandantes como consecuencia del contrato declarado nulo y hasta ejecución de sentencia.
- Igualmente condene a la demandada a pagar los intereses legales de todas las cantidades desde la fecha de su cargo en la cuenta de mis mandantes.
- Condene a la demandada al pago de las costas procesales».

2. La procuradora Aurelia García-Valdecasas Luque, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Granada dictó sentencia con fecha 3 de enero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimando la demanda formulada por D. Eliseo , representado por la procuradora Doña. Mónica Navarro-Rubio Troisfontaines y asistidos por el letrado D. José Andrés Serrano Hermoso, contra la entidad financiera Banco Santander S.A., representada por la procuradora Dña. Aurelia García- Valdecasas Luque y defendida por el Letrado D. Ramón Entrena Cuesta, debo declarar y declaro nulo el contrato de "confirmación de opciones de tipo de interés collar" de fecha 12 de junio de 2008, así como el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de 12 de junio de 2008, declarando que el actor no le debe nada a la entidad financiera demandada como consecuencia de dichos contratos, condenado a la demandada a retrotraer las cantidades que haya cargado en su cuenta con motivo de los mismos, y al pago de los intereses legales de todos los cargos efectuados que traigan en ellos su causa, devengados desde la fecha de presentación de la demanda hasta su completo pago, imponiéndole además a la demandada el pago de las costas».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Granada, mediante sentencia de 6 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: La Sala ha decidido con estimación del recurso interpuesto, revocar la sentencia dictada en 3-1-13, por el Juzgado de 1^a Instancia nº 17 de Granada, y en su consecuencia desestimar la demanda formulada por D. Eliseo frente a Banco de Santander S.A., al que absolvemos de los pedimentos en su contra deducidos con imposición al actor de las costas de la primera instancia y sin efectuar condena en las de esta alzada.

»Dése al depósito constituido el destino legal que le corresponda».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Mónica Navarro Rubio Troisfontaines, en representación de Eliseo , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero; art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre; art. 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio; art. 2 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo en relación con el art. 6.3 del Código Civil; y oposición a sentencias de la Sala Primera del 15/11/2012, 01/03/2012, 07/10/2011 y 14/07/2010.



2º) Infracción por incorrecta interpretación e inaplicación del art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008».

2. Por diligencia de ordenación de 27 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.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 Eliseo , representado por la procuradora María José Rodríguez Teijeiro; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representado por el procurador Eduardo Codes Feijóo.

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 Eliseo contra la Sentencia dictada el 6 de septiembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª) en el rollo n.º 173/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 36/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Granada».

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 febrero 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.

El 12 de junio de 2008, Eliseo concertó con Banco Santander un CMOF y un contrato de permuta financiera de tipos de interés. Este swap comenzaba el 30 de junio de 2008 y vencía el 28 de junio de 2013. El cliente realizó el test de conveniencia.

Ante las liquidaciones negativas, en concreto en junio de 2010, cuando el banco comunicó al Sr. Eliseo que tenía una deuda derivada del swap de 2.880 euros, el cliente mostró su disconformidad al banco.

2. En enero de 2012, el Sr. Eliseo formuló una demanda contra Banco Santander en la que pedía la nulidad del contrato de permuta financiera y la restitución de las prestaciones. Fundaba su pretensión en el incumplimiento, por parte del banco, de los deberes de información que le imponía la normativa MiFID, lo que debía dar lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato y a que el consentimiento prestado estuviera afectado por un vicio de error.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció error en el consentimiento y ordenó la restitución recíproca de prestaciones.

3. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda. La sentencia de apelación analiza la prueba practicada y concluye que el demandante prestó su conformidad con conocimiento de causa. Afirma que fue informado de las características del producto y de cómo operaba, y que, además, el cliente tenía experiencia en productos financieros complejos. En concreto afirma:

«el actor, al momento de suscribir los contratos cuya anulación se postulaba en la demanda por consentimiento viciado por defectuosa información acreditado está que disponía de amplia experiencia en productos bancarios, no solo "normales u ordinarios" sino productos de inversión complejos y de riesgo, como son dos seguros de inversión Petrobolsa II, y otros dos de Inversión Dólar-Euro y otros dos de consolidación SIBP. Productos claramente complejos y de riesgo y respecto de los cuales el actor manifestó que "tras haber sido informado (...) de las características y riesgos del producto (...) ha decidido proceder una vez hecho mi propio análisis, a sustituirlo ..." .

»En el presente caso al actor se le informó del objeto, funcionamiento, ventajas y riesgos del contrato de permuta financiera y se le realizó además el test de conveniencia y éste precedió a suscribir el CMOF, primero y el contrato de permuta de tipos de interés Collar, después. Esto es sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, ya se adelanta que el consentimiento del actor a los citados contratos fue prestado sin vicio o error alguno, esencial y excusable. Y aquí debe subrayarse otra vez el conocimiento y experiencia del actor en la contratación de productos bancarios complejos y de riesgo (los seguros de inversión petrobolsa y Dólar-Euro, así como los SIBP, claramente lo son), de tal manera que el actor creemos, en contra del criterio de la sentencia recurrida, estaba plenamente capacitado para entender el contrato en cuestión y los riesgos que comportaba. Basta



acudir al Anexo al mismo, para apreciar desde la perspectiva insistimos de una persona experimentada, como el actor, que su contenido explica el funcionamiento y los riesgos del mismo. Las testificales de los Sres. Daniel , Esteban y Fermín , ponen de relieve aquella información, las diferentes reuniones habidas entre el actor y el banco. Y hondando en el contrato, se observa el mecanismo de funcionamiento: en función del nivel al que se encuentre el Euribor 12 M, en dos días hábiles antes de cada 30 de junio (en este caso), una de las partes deberá pagar a la otra la cantidad resultante de aplicar el nominal del contrato, la diferencia entre el Euribor 12 M y el tipo aplicado a cada una de las partes, si bien en el caso de que el Euribor 12M se encuentre situado en la horquilla entre el 4'65% y el 6'65 %, ninguna de las partes deberá pagar cantidad alguna. De tal manera que para determinar qué cantidad ha de pagar cada una de las partes, se han de efectuar dos operaciones: Si el Euribor 12 M es superior al 6'50%, se resta el 6'50% al Euribor 12 M y si este es inferior al 4'47%, se resta al Euribor 12 M al 4'47 % y el resultado de la resta se aplica al importe nominal correspondiente de cada año. Además ha de significarse que la Permuta se suscribió en relación con la Central de Información de Riesgos del Banco de España, esto es, con el conjunto de deudas con entidades bancarias que el actor mantenía al momento de la suscripción, aunque también previéndose la suscripción de la ampliación y novación del préstamo hipotecario».

4. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en dos motivos.

El banco recurrido, en su escrito de oposición, alegó la concurrencia de causas de inadmisión, que por ser relativas y afectar a cada uno de los motivos serán analizadas al resolver sobre cada uno de ellos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. For *mulación de ambos motivos*. El *motivo primero* se funda en la incorrecta interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 79 bis LMV y los arts. 60 a 70 RD 217/2008, de 15 de febrero; el art. 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre; el art. 48.2 LMV; el art. 2 Ley 2/1994, de 30 de marzo; en relación con el art. 6.3 CC.

El recurrente argumenta que ha existido un incumplimiento de los deberes de información, y la infracción de estos deberes supone la nulidad del contrato, al amparo del art. 6.3 CC, por constituir una norma imperativa.

El *motivo segundo* se funda en la incorrecta interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 79 bis LMV y los arts. 60 a 70 RD 217/2008, de 15 de febrero, respecto del alcance de los deberes de información.

Procede desestimar ambos motivos, por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del recurso*. El recurso se basa en la infracción de los deberes de información que pesaba sobre la entidad comercializadora de productos de inversión complejos.

La acción de nulidad se refiere a un contrato de swap firmado el 12 de junio de 2008, después de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores 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 Santander) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Eliseo) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia concluye que la información suministrada cumplía con estas exigencias en atención a la prueba testifical, que puso de relieve que había habido diferentes reuniones entre el demandante y los empleados del banco, en las que se explicó el funcionamiento del producto y sus riesgos, que junto con el contenido del contrato y del anexo permitían a una persona que ya tenía experiencia en productos financieros complejos, prestar su consentimiento con conocimiento de causa.

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados: «al actor se le informó del objeto, funcionamiento, ventajas y riesgos del contrato de permuta financiera y se le realizó además el test de conveniencia y este procedió a suscribir el CMOF, primero, y el contrato de permuta de tipos de interés, después».

A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan el error vicio, razón por la cual se desestiman los dos motivos de casación.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con este recurso (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 Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Eliseo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 4ª) de 6 de septiembre de 2013 (rollo núm. 173/2013), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Granada de 3 de enero de 2013 (juicio ordinario 36/2012). **2.º** Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del 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.