



Roj: **STS 1923/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1923**

Id Cendoj: **28079110012017100304**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **2444/2014**

Nº de Resolución: **313/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5058/2014,**
STS 1923/2017,
AATS 6588/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Cecilio , representado por el procurador D. Ricard Simó Pascual y bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Navas Marqués, contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 817/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1131/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona sobre nulidad del contratos de permuta financiera (swap) y restitución de cantidades. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarreta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de septiembre de 2011 se presentó demanda interpuesta por D. Cecilio contra Banco Santander Central Hispano, hoy Banco Santander S.A., solicitando se dictara sentencia por la que se declarase:

«[...] la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de fecha 23 de Julio de 2004, de la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés fecha 23 de Julio de 2004, de la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap In Arrear 3x12 Plus") de fecha 17 de Noviembre de 2004, de la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Cap ("Swap Bonificado 3 x 12 con Barrera Knock-in in arrears) de fecha 28 de Octubre de 9005, de la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con Cap ("Swap Bonificado 3 x 12 con Barrera Knock-In in arrears) de fecha 21 de Diciembre de 2005 y de la Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar de fecha 31 de Julio de 2008, y de cualesquiera otros contratos o confirmaciones de permuta financiera suscritos con la entidad demandada (y de los que en estos momentos esta parte no tiene constancia) por no haber emitido la demandante un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y mediando dolo y, en virtud de dicho pronunciamiento, se declare la nulidad de los referidos contratos suscritos entre las partes, con recíproca restitución de las cantidades ya cargadas/abonadas en aplicación de los mismos, y las que lo sean durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales desde la fecha de cada cargo/abono, que se verá incrementado en dos puntos desde la Sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones n.º 1131/2011 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció (ya como



Banco Santander S.A.) y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación, con imposición de costas al demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 29 de mayo de 2012 desestimando la demanda con condena en costas al demandante.

CUARTO.- Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la entidad demandada y que fue tramitado con el n.º 817/2012 de la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 13 de mayo de 2014 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada, con imposición de costas al apelante.

Por el demandante-apelante se solicitó complemento de sentencia, que fue denegado por auto de 19 de junio de 2014.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante D. Ricard Simó Pascual interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundó en dos motivos con la siguiente formulación:

«1.1.- Infracción del artículo 217 de la LEC con base en el artículo 469.1.2º de la LEC».

«1.2.- Infracción del art. 218 de la LEC, por la falta de por la falta de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación de la Sentencia Recurrída con base en el artículo 469.1.2º de la LEC».

Por su parte el recurso de casación se interpuso al amparo del artículo 477.2-3.º LEC por interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y se fundó en un motivo único con el siguiente encabezamiento:

«ÚNICO.- Recurso de Casación por razón de interés casacional (art. 477.2.3º) por infracción del Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo, de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, del Mercado de Valores y del Real Decreto 217/2008, de 15 de Febrero sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión al considerar que la Sentencia Recurrída infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales sobre dicha normativa acerca:

»A) De si la sola formación y estudios del cliente son suficientes para analizar si concurren o no los requisitos necesarios para la apreciación de la concurrencia de error esencial que anularía el consentimiento o si se tiene en cuenta también las circunstancias concretas de cada contratación.

»B) De la información que debe proporcionar la entidad a los clientes a la hora de ofertar contratos como el objeto de litigio y la actuación que deben de tener las entidades bancarias y sobre si la entidad financiera debería haber suministrado información relativa a los cálculos de las liquidaciones, al cálculo del precio de cancelación y a la evolución de los tipos de interés y si además la entidad financiera debió entregar dicha información y documentación con carácter previo a la firma de los contratos».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, por auto de 30 de noviembre de 2016 se acordó admitir el recurso de casación e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal, a continuación de lo cual la parte recurrida Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso tanto por motivos de forma como de fondo, con imposición de costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 26 de abril del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 10 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de varios contratos de permuta financiera de tipos de interés (el último de ellos posterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español).

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 23 de julio de 2004 el hoy recurrente (D. Cecilio), de profesión notario, suscribió con el Banco Santander Central Hispano, hoy Banco Santander S.A. (actual parte recurrida), un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) -doc. 4 de la demanda y 8 de la contestación-.

2.- En el seno del mismo, las mismas partes suscribieron varios contratos de «confirmación de permuta financiera de tipos de interés».



El primero de ellos, el mismo día 23 de julio de 2004, con un nominal de 1.000.000 euros, fecha de inicio el 27 de julio de 2004 y fecha de vencimiento el 25 de julio de 2006 (doc. 5 de la demanda y 7 de la contestación).

El 17 de noviembre de 2004 las partes suscribieron un segundo contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés denominado «Swap In Arrears 3x12 Plus», con el mismo nominal, inicio el 22 de noviembre de 2004 y vencimiento el 22 de noviembre de 2006 (doc. 6 y 10, respectivamente).

El 28 de octubre de 2005 suscribieron un tercer contrato de confirmación de *swap* con la denominación «Swap Bonificado 3x12 con Barrera Knock-In in Arrears», con el mismo nominal, fecha de inicio el 28 de octubre de 2005 y vencimiento el 28 de octubre de 2007 (doc. 7 y 12 respectivamente).

El 21 de diciembre de 2005 las partes suscribieron un cuarto contrato de confirmación de *swap* con la misma denominación que el anterior («Swap Bonificado 3x12 con Barrera Knock-In in Arrears»), nominal de 3.000.000 euros, inicio el 21 de diciembre de 2005 y vencimiento el 21 de diciembre de 2010 (doc. 8 y 14, respectivamente).

Finalmente, el 31 de julio de 2008 (y por tanto, con sujeción a la normativa MiFID), suscribieron el último de los cinco contratos de confirmación *swap*, denominado «Confirmación de Opciones de Tipo de Interés Collar», nominal de 2.300.000 euros, fecha de inicio el 30 de septiembre de 2008 y vencimiento el 30 de septiembre de 2013 (doc. 9 y 16 respectivamente).

3.- En ejecución de estos contratos se giraron tanto liquidaciones positivas como negativas sin que se suscitara controversia entre las partes y sin que el demandante formulara reclamación o queja alguna, lo que hizo por vez primera a raíz de la liquidación negativa de fecha 30 de septiembre de 2009 (ya vigente el contrato de 2008), por importe total de 80.801,88 euros (doc. 12 y 13 de la demanda). Fue entonces cuando el hoy recurrente fue informado del coste de cancelación (235.000 euros).

4.- El 7 de septiembre de 2011 el Sr. Cecilio demandó a la referida entidad bancaria solicitando la nulidad del CMOF y de las cinco referidas confirmaciones, por vicio en el consentimiento, con restitución recíproca de las cantidades cargadas/abonadas, incrementadas con el interés legal desde la fecha de cada cargo/abono y procesales desde la sentencia, y la condena en costas de la parte demandada.

5.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado.

6.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) el cliente era notario, por tanto un profesional altamente cualificado que, incluso por su quehacer profesional diario, debía conocer perfectamente el producto financiero que contrataba y sus consecuencias; (ii) la entidad bancaria cumplió con los deberes de información exigidos por la normativa de aplicación (pre-MiFID, salvo el último contrato), constando al respecto que el cliente tenía experiencia en la contratación de productos financieros (tales como fondos de inversión, depósitos estructurados, productos de pasivo financiero estructurado, *warrants* o derivados, operaciones de bolsa, depósitos a renta variable y productos de todo tipo con el Banco Santander, que le produjeron tanto beneficios como pérdidas), que el banco le hizo el preceptivo test de conveniencia (doc. 46 de la contestación) con carácter previo a la suscripción de la última operación y que, pese a que mantuvo que la documentación contractual se le había puesto a la firma sin previas explicaciones, varios empleados del banco, en diversas reuniones mantenidas con el demandante, le explicaron el producto, con simulaciones -incluso gráficas- de los escenarios posibles y con entrega de documentación explicativa, incluyendo la posibilidad de que el *swap* se cancelara anticipadamente a precios de mercado; y (iii) como consecuencia de todo ello, no existió error o, de existir, sería excusable [en puridad, debió decir inexcusable para el cliente].

7.- La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso del demandante y confirmó la sentencia apelada. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) cuando se presentó la demanda solo se encontraba en vigor el último de los *swaps* (suscrito en 2008), al que se contrae el presente litigio, ya que el propio demandante admitió durante el juicio que los precedentes no habían generado ningún problema entre las partes y que su primera queja se produjo tras liquidación negativa derivada de ese último contrato (documentada en acta notarial de fecha 30 de marzo de 2011); (ii) aunque se desconoce cuál fue el resultado para el cliente de la ejecución de los primeros contratos (limitándose el demandante a admitir haber tenido tanto liquidaciones positivas como negativas), sí consta acreditado que el *swap* suscrito en 2008 (sometido a la normativa MiFID) generó importantes liquidaciones negativas a causa de la drástica bajada del euríbor (la liquidación correspondiente al periodo comprendido entre 30 de septiembre de 2009 y 30 de septiembre de 2010 fue negativa por importe de 80.801,88 euros); (iii) no hay prueba «de qué información se facilitó al demandante» ni hubo entrega de documentación por escrito u otro soporte duradero; (iv) no obstante, según la doctrina plasmada en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, la falta de información no comporta la existencia de error en el consentimiento ya que solo genera una presunción que cabe desvirtuar en función de



las concretas circunstancias que concurren; (v) en este caso concurren circunstancias peculiares que llevan a excluir el error, destacando entre ellas el perfil del demandante, cliente minorista pero notario de profesión, con alta preparación jurídica para comprender los riesgos y el funcionamiento del *swap* y con experiencia en inversiones en valores (doc. 5 y 6 de la contestación y declaraciones del propio demandante durante el juicio); (vi) a lo anterior se suma que aunque los contratos sean difíciles de entender, contienen advertencias genéricas e indicaciones sobre el funcionamiento del producto, en particular sobre un eventual resultado negativo en función de la evolución a la baja de los tipos de interés, que no podían pasar desapercibidas para un cliente cualificado y experimentado como el demandante; (vi) además, este pudo asesorarse o estudiar mejor el asunto antes de firmar, en lugar de hacerlo sin antes leerse los contratos; (vii) por otra parte, se da la circunstancia de que no hubo ninguna protesta hasta el acta notarial de 30 de marzo de 2011, encadenándose durante ese tiempo cuatro contratos más y siendo inverosímil que alguien contrate por error, perciba liquidaciones tanto positivas como negativas y permanezca en silencio durante tanto tiempo; (viii) el contrato de 2008 contiene especiales advertencias sobre los riesgos que comportaba (en concreto, al describir el primer escenario posible, euribor inferior a 4,70 por ciento, se describe el riesgo de liquidaciones negativas, añadiéndose «tanto más negativo cuanto menor sea el Euribor», y poco más arriba se dice que «el riesgo para el cliente es que los tipos de interés bajen por debajo del floor. Las liquidaciones serán tanto más negativas para el cliente cuanto mayor sea la bajada del tipo variable respecto al tipo floor»), y por si fuera poco, aunque no se entregó antes de la firma ningún documento informativo, «el cliente tuvo en su poder, desde años antes, contratos del mismo tipo»; (ix) no hay prueba de que el banco ocultara al cliente la previsión bajista de los tipos de interés; (x) es irrelevante que el test de conveniencia se rellenara por los empleados del banco o que hubiera dos y solo se aportara uno, porque lo firmó el demandante asumiendo su contenido, y el mismo demuestra que el *swap* era adecuado para el perfil del contratante; (xi) en cuanto al coste de cancelación anticipada, además de que esta no era obligada para el banco, los contratos informaban de la posibilidad de cancelarlos anticipadamente con un coste económico para el cliente «a precios de mercado».

8.- El demandante-apelante interpuso contra la sentencia de segunda instancia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, pero solo fue admitido el de casación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un solo motivo y se funda genéricamente en infracción del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) y del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, alegándose que el recurso presenta interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en torno a una doble cuestión jurídica:

a) La incidencia del perfil del cliente en la apreciación del error en el consentimiento, esto es (y según palabras textuales del recurrente) «si la formación y los estudios del cliente son suficientes para analizar si concurren o no los requisitos necesarios para la apreciación de la concurrencia de error esencial que anularía el consentimiento o si se tiene en cuenta también las circunstancias concretas de cada contratación».

b) El alcance de la información que debe suministrar el banco al cliente, esto es (y también según palabras textuales del recurrente), si «debería haber suministrado información relativa a los cálculos de las liquidaciones, al cálculo del precio de cancelación y a la evolución de los tipos de interés y si además la entidad financiera debió entregar dicha información y documentación con carácter previo a la firma de los contratos».

Con relación al primer problema jurídico, en apoyo del criterio de que el perfil del cliente, notario de profesión, presupone unos altos conocimientos incompatibles con la existencia de error vicio excusable, se cita (y extracta), además de la sentencia recurrida, la de la AP Barcelona, 16.ª, de 12 de diciembre de 2011, y en sentido contrario, esto es, que la formación y los estudios del cliente no son suficientes para excluir el error, debiéndose estar a las concretas circunstancias de cada contratación, se citan y extractan las sentencias de la AP Zamora, sección 1.ª, de 25 de enero y 26 de noviembre de 2013, y se citan las sentencias de la AP Asturias, sección 6.ª, de 10 de diciembre de 2013 (ingeniero), AP Zaragoza, sección 5.ª, de 20 de julio de 2011 (corredor de seguros), AP Madrid, sección 19.ª, de 8 de marzo de 2013 (ingeniero de minas), y AP Madrid, sección 14.ª, de 30 de abril de 2012 (notario), esta última especialmente pertinente porque, a pesar de la cualificación profesional del notario, se entendió que las circunstancias concurrentes, en particular la rápida gestión y la confianza depositada en la entidad bancaria por sus relaciones profesionales mutuas, determinó que no pudiera exigirse mayor diligencia al cliente que la que empleó.

Con relación al segundo problema jurídico, alcance o extensión del deber de información en este tipo de productos de inversión, en apoyo del criterio de considerar suficiente la información ofrecida por el banco demandado, sobre la base de la suficiencia documental, se cita y extracta, además de la sentencia recurrida, la ya mencionada sentencia de la AP Barcelona, 16.ª, de 12 de diciembre de 2011, y en sentido contrario, favorable a entender que la información fue insuficiente porque la entidad debió informar -tanto con carácter previo a la firma como mediante el propio documento contractual- de los riesgos inherentes al producto, en particular del



riesgo de súbita bajada de tipos de interés y sus efectos para el patrimonio del cliente contratante, así como del coste patrimonial que debería asumir en caso de cancelación anticipada, se citan y extractan las también referidas sentencias de la AP Zamora, sección 1.ª, de 25 de enero y 26 de noviembre de 2013, y las sentencias de la AP Asturias, sección 5.ª, de 29 de junio de 2011 y 21 de febrero de 2012.

En trámite de oposición el banco ha interesado la desestimación del recurso tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo. Como causas de inadmisibilidad alega la falta de justificación del interés casacional (por no citar dos sentencias firmes de una sección de una Audiencia frente a otras dos de sección y Audiencia distintas, en sentido opuesto, ni al menos dos sentencias de esta sala), la falta de respeto a las exigencias de forma del escrito de interposición por falta de claridad expositiva y falta de indicación de la jurisprudencia que se solicita que se fije o declare infringida, la falta de aportación del texto de las sentencias en las que se pretende apoyar el interés casacional invocado y, por último, la inexistencia de este o su desaparición sobrevinida al haber recaído jurisprudencia de esta sala resolviendo el mismo problema jurídico en sentido opuesto al propugnado por la parte recurrente. A este respecto se alega, en particular, que en la fecha de presentación del escrito de interposición del recurso ya se habían dictado varias sentencias (se cita y extracta la 195/2016, de 29 de marzo, y las que en ella se citan) sobre el alcance del deber de información de las entidades de servicios de inversión antes y después de la incorporación de la normativa MiFID al derecho español y sobre que la carga de la prueba de la información incumbe a la entidad financiera, nada de lo cual afecta a la razón decisoria de la sentencia recurrida toda vez que esta se centra en que «el recurrente poseía toda la información necesaria para contratar a su conveniencia». Por eso entiende el banco recurrido que el recurso carece de interés casacional ya que lo que plantea como cuestiones jurídicas discutidas ha sido resuelto, siendo en realidad la excusa para convertir el recurso de casación en una tercera instancia en la que se revisen las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida, lo que no es posible (esa marginación de los hechos probados se demuestra, en su opinión, al defender el recurrente que no era experto en mercados financieros ni estudios en este ámbito, pese a que la Audiencia declaró probado lo contrario). Por todo ello se alega que el recurso carece manifiestamente de fundamento, pues el recurso no puede obviar las conclusiones de la sentencia recurrida sobre el perfil del contratante y los conocimientos que sobre el producto en cuestión atesoraba el cliente, notario de profesión, tratándose de una conclusión fruto de la valoración probatoria, a la que no se llegó de manera ilógica, arbitraria o irracional. En conclusión, entiende la entidad bancaria recurrida que es un hecho probado que no cabe obviar en casación que, por su alta capacitación y cualificación profesional, su experiencia en el tráfico mercantil y financiero, el recurrente adquirió o pudo adquirir en el momento de contratar «un grado de conocimiento suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero» suscrito.

TERCERO.- El recurso ha de ser desestimado por incurrir en las causas de inadmisión de los ordinales 2.º y 4.º del art. 483.2 LEC, apreciables en este acto procesal como razones de desestimación, ya que incumplen el requisito básico o primigenio de todo recurso de casación consistente en citar «las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso que se consideren infringidas» (art. 477.1 LEC).

Este requisito, como dispone el acuerdo del Pleno de esta sala de 27 de enero de 2017 recordando de nuevo una doctrina jurisprudencial constante y uniforme, es común a todas las modalidades del recurso de casación, incluido por tanto el recurso por interés casacional en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y no se cumple cuando, como en este caso, el recurrente cita como infringidos dos reales decretos y una ley sin mayores precisiones; esto es, sin especificar qué norma o normas en concreto de esos reales decretos y esa ley serían las infringidas, inobservancia tanto más inexplicable cuanto que en los fundamentos de derecho de su demanda el hoy recurrente sí citó las normas del Código Civil pertinentes al caso.

CUARTO.- Conforme al art. 398. 1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas al recurrente, que además, conforme a la d. adicional 15.ª. 9 LOPJ, perderá el depósito constituido.

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 por interés casacional interpuesto por el demandante D. Cecilio contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2014 por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 817/2012. **2.º-** E imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.