



Roj: **STS 2047/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2047**

Id Cendoj: **28079110012017100324**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **2603/2014**

Nº de Resolución: **327/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7419/2014,**
STS 2047/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 113/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la mercantil Chao Praya, S.L., representada ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón; siendo parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representado por la procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere Fernández .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de Chao Praya S.L, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Español de Crédito S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«a) Se declare la nulidad del contrato denominado CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS, y que fueron suscritos entre mi representada y la entidad bancaria BANESTO, S.A.

»b) En consecuencia con la declaración de nulidad del contrato suscrito por mi representado, que se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato suscrito, en el sentido de que mi representada pondrá a disposición de BANESTO S.A. los 1.348,10 Euros percibidos, y BANESTO, S.A. en virtud de la declaración de nulidad deberá devolver las liquidaciones negativas abonadas por mis mandantes (en concreto, 19.079,29 Euros) así como los intereses que se hubieran podido devengar de las mismas.

»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.º- La procuradora doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere, en nombre y representación de Banco Español de Crédito, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».



SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que, estimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Rodríguez De Castro Rincón, en nombre y representación de la mercantil Chao Praya, SL, contra la entidad Banco Español de Crédito, SA, representada por la Procuradora Sra. Ibáñez de la Cadiniere Fernández se declara la nulidad del contrato denominado "contrato de permuta financiera de tipo de interés", suscrito el 24 de septiembre de 2007; y, en consecuencia, declaro la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato suscrito, en el sentido que la actora pondrá a disposición de la demandada la cantidad de 1.348,10 euros, y Banesto, SA, deberá devolver las liquidaciones negativas abonadas por la actora que ascienden a 19.079,29 euros, así como los intereses que hubieran devengado desde la fecha de interposición de la demanda. En cuanto a las costas, se imponen a la parte demandada».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Chao Praya, SL. La Sección decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha once de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debemos estimar, y estimamos, el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. (antes Banco Español de Crédito, S.A.) contra la sentencia dictada el 15 de enero de 2013 por la Ilma. Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 71 de los de esta Capital en los autos de juicio ordinario 113/2012 seguido a instancia de Chao Praya, S.L.; resolución que revocamos, y desestimando la demanda presentada por esta última, absolvemos de sus pedimentos a Banco de Santander, S.A.; sin hacer imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por el procedimiento en las dos instancias».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de Chao Praya S.L. con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción en el proceso civil de derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en el art. 469.1. 4.º de la LEC en conjunción con el art. 24.1. de la CE , por cuanto la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida incurre en un error al valorar la prueba de una forma irracional e arbitraria. Segundo.- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 469.1.2. de la LEC , por cuanto la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida incurre en un error en la aplicación de la carga de la prueba y por vulnerar abiertamente lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC al no desestimar las pretensiones de quien no probó aquello que le incumbía.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos:Primero.- Infracción de la doctrina interpretativa del artículo 1266 del CC , recogida en las sentencias del **Tribunal Supremo** n.º 244/2013 de 18 de abril , 840/2014 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014 de 7 de julio y 387/2014 de 8 de julio al analizar la teoría del error en el consentimiento, sin tener en cuenta el contexto del tráfico de productos financieros, ni la Directiva Mifid a efectos interpretativos. Segundo.-Infracción de la doctrina recogida en la sentencias n.º 834/2009, de 22 de diciembre , 710/2011 de 7 de octubre , n.º 665/2012 de 15 de octubre , n.º 244/2013 de 18 de abril y 241/2013 de 9 de mayo en ella citada que declaran la nulidad absoluta ipso iure, ex artículo 6.3. del código civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa. Tercero.- Infracción de la doctrina recogida en la sentencia 798/2007 de 11 de julio de 2007 y de 5 de marzo de 2010 RJ 2010/2390 que declaran que la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo (art.1269 CC).

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido a la procuradora doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Banco Santander, presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de Mayo de 2017 , en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1º.- Los hechos más relevantes que han quedado acreditados, según la sentencia ahora recurrida, son los siguientes:

a) La mercantil Chao Praya SL, cuya actividad principal es la adquisición, explotación y enajenación por cuenta ajena de terrenos, edificaciones y fincas urbanas y rústicas, el mismo día en que adquirió en escritura pública



otorgada el 7 de julio de 2006 un local, en Segovia, documentó el préstamo recibido de Banco Español de Crédito, S.A. por importe de 510.860 Eur., cuya finalidad era financiar la adquisición del local, constituyendo Chao Praya hipoteca a favor del mencionado Banco en garantía de la devolución del capital prestado sobre la finca adquirida. El plazo de amortización finalizaba el 1 de agosto de 2016 (diez años).

Los intereses ordinarios a partir del 1 de noviembre de 2006 sería el variable resultante de añadir 0'65 puntos al "tipo de referencia" (Euribor hipotecario) o 0'50 al "tipo de referencia sustitutivo", los cuales se encuentran descritos en los términos del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España -cláusula 3.ª, folios 77 a 79-. Anexo que no figura incorporado a la escritura pública.

b) El director de la Sucursal bancaria de Banesto, en la que operaba la mercantil demandante, como conocía la existencia del préstamo hipotecario que había suscrito Chao Praya, tuvo una reunión, que duró entre 30 y 60 minutos, con el administrador de dicha sociedad, D. Diego , en la que le ofreció la suscripción de una operación de permuta financiera de tipo de interés a fin de amortiguar el coste financiero del referido préstamo, sobre todo teniendo en cuenta la tendencia alcista de los tipos de interés y no constarle referencias distintas sobre la evolución del mercado, explicándole cómo funcionaba el producto. De modo que podían tener un interés fijo durante tres años de 4'53%, siéndole beneficioso, como así fue durante el primer año en que obtuvo resultados positivos. Dicho testigo explicó que se lo ofreció porque estimaba que era conveniente, pues al ser el préstamo por cuantía superior al nominal del swap, si se producía una bajada de tipo de interés la pérdida se compensaría con los intereses más inferiores que tuviera que pagar por el préstamo.

Unos días después de esta reunión comparecieron en la sucursal bancaria D. Diego , D. Leopoldo y Doña Socorro , en representación de Chao Praya, suscribiendo el 24 de septiembre de 2007 el contrato sobre operaciones financieras por un importe nominal de 325.000 Eur, con fecha de Inicio el 27/09/2007 y de vencimiento el 27/09/2010; con un tipo fijo aplicable para todos los períodos de cálculo (trimestrales desde la fecha de inicio hasta la fecha de vencimiento) del 4'53% (pagador el cliente), y unos importes variables, con periodos de cálculo trimestrales desde la fecha de inicio hasta la fecha de vencimiento (pagador Banesto), con tipo variable: el euribor 3 meses fijado al inicio de cada período de cálculo.

Dato de interés es lo que en el contrato aparece como AVISO IMPORTANTE SOBRE EL RIESGO DE LA OPERACIÓN, enmarcado y destacado con letra negrita y mayores caracteres que el resto del texto, en el que se dice lo siguiente:

«Con independencia de lo declarado por el Cliente en la Estipulación Cuarta del contrato del que forman parte las presentes Condiciones Particulares, el cliente manifiesta de manera expresa que es consciente del riesgo de esta Operación. Específicamente el cliente manifiesta que es consciente de que el Tipo Fijo pagado por el cliente en algún Período de Cálculo, podría ser superior al tipo Variable recibido por el Cliente y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho período comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación».

c) Chao Praya estuvo percibiendo rendimientos positivos hasta el 29 de diciembre de 2008, comenzando los resultados negativos, en mayor cuantía, en el período comprendido entre el 29 de diciembre de 2008 y el 27 de marzo de 2009, los cuales continuaron hasta el 27 de septiembre de 2010 en que expiró el plazo de duración de la permuta. Las pérdidas económicas para la demandante después de compensar las liquidaciones positivas con las negativas ascienden a 17.728,19 Eur.

d) El día 24 de septiembre de 2007 el Euribor era 4'701, pasando a estar entre 4'515 y el 4'491 en el período comprendido entre el 16 de enero de 2008 y el 7 de marzo de 2008, a partir de esta fecha estuvo por encima del 4'555, llegando a alcanzar 5'526 el 2 de octubre de 2008, esto es, poco más de un año después de ser suscrita la permuta financiera de tipos de interés, siendo a partir del día 11 de noviembre de 2008 cuando descendió a 4'458, tendencia que persistió en fechas posteriores, de modo que el día 27 de septiembre de 2010, que era cuando vencía la mencionada permuta, el tipo estaba en 1'537 (fuente Reuters). Situación que no era imaginable tres años antes, como pone de manifiesto la evolución expuesta.

e) Los informes que conforman el documento núm. 5 de la demanda son posteriores al 24 de septiembre de 2007. El más próximo a esa fecha es de 18 de octubre de 2007 y la previsión era que a finales de 2008 el Euribor bajaría a 4%, previsión que carece de un fundamento sólido como permite apreciar el hecho de que el día 10 de noviembre de 2008 estuviera a 4'532, siendo de fechas posteriores las contenidas en el informe del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (5 de diciembre de 2007), Gabinete de Coyuntura y Estadística de Funcas (febrero 2008). En definitiva, hasta el mes de mayo de 2008 (ocho meses después de la firma de la permuta litigiosa), que es cuando se datan los informes de Bankinter y La Caixa, no se adquiere un grado de probabilidad verosímil de la bajada del Euribor, pero nadie lo situaba en las cotas a que llegó el 30 de diciembre de 2008 de 3'085.



f) Sin que conste ninguna reclamación extrajudicial previa, Chao Praya, junto con quince personas más, el 26 de noviembre de 2010, cuando ya había transcurrido el plazo de duración de la permuta financiera de tipos de interés, presentaron demanda en la que solicitaban se declarase la nulidad de los contratos que habían suscrito. El Juzgado de Primera Instancia núm. 91 de los de Madrid, al que correspondió el conocimiento del asunto, dictó auto el 5 de octubre de 2011 en el que, razonando sobre la diversidad de hechos y de los títulos que daban causa a cada pretensión, consideró indebidamente acumuladas las acciones ejercitadas y acordó el archivo del procedimiento.

El 24 de enero de 2012 Chao Praya presentó la demanda iniciadora de este procedimiento.

2º.- La sentencia de 1.ª instancia, en consideración a que Banesto no informó al cliente correctamente, efectuando ejemplos numéricos o entregando un folleto informativo, ni demostró que los administradores de Chao Praya tuvieran la formación propia de un experto inversor, y a que no informó tampoco de las previsiones de bajada de los tipos de interés de las que ya era concededor, estimó la demanda.

Contra dicha resolución interpuso Banesto, ahora Banco Santander, el recurso de apelación que fue estimado. Argumentó la sala de apelación lo siguiente:

«El funcionamiento del producto, sin una información específica, es fácilmente comprensible, pues Chao Praya se comprometía a pagar un interés fijo de 4,53% a cambio de percibir del Banco el interés variable (euribor tres meses), Inteligibilidad del contrato que cabe presumir en cualquier persona con unos elementales conocimientos en materia económica-financiera, y desde luego en quien fue capaz de discernir y firmar la cláusula contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fijación de intereses. Entrando dentro de lo probable que se produjera un resultado adverso, como de forma destacada se advertía en el contrato.

»No existen informes de organismos oficiales ni de entidades crediticias privadas, ni desde luego de Banesto, que permitiera inferir en el momento y fecha en que se perfeccionó la permuta de interés litigiosa (24 de septiembre de 2007), con un grado de probabilidad apreciable, una bajada de los tipos de interés tan considerable como la que se produjo a finales de 2008, por lo que el equilibrio en la contratación no pudo romperse por el conocimiento, hipotéticamente ocultado por Banesto, de lo que no se prueba conociese, no solo respecto de la eventualidad que luego se produjo sino del grado en que lo fue».

En consecuencia, no aprecia «que existiera un error esencial y excusable que viciara el consentimiento, por lamentable que sea la pérdida soportada por la demandante insista en la propia aleatoriedad del contrato, que no puede alterar su válida perfección».

SEGUNDO.- Chao Praya ha interpuesto recurso de casación basado en tres motivos. El primero de ellos se formula por oposición y desconocimiento de la sentencia recurrida a la doctrina de esta sala, expresada en las sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 840/2013, de 20 de enero ; 384/714, de 7 de julio; 385/314, de 7 de julio y 387/2014, de 8 de julio , al analizar el consentimiento, sin tener en cuenta el contexto de tráfico de productos financieros, ni la directiva Mifid a efectos interpretativos.

Cita asimismo el artículo 1266 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, a los efectos de la existencia de error como vicio invalidante del consentimiento prestado, al emitirse dicho consentimiento sin información concreta, veraz y relevante.

Se estima.

El recurso no plantea un problema de valoración de a prueba, sino de calificación jurídica de los hechos sobre la información que le fue proporcionada a la actora por la recurrida a la hora de contratar el producto que le había ofrecido el banco y consiguiente cumplimiento por este de las circunstancias relativas a sus deberes con los clientes, antes, al tiempo y después del contrato y que conduce al error. Recuerda la sentencia 244/2017, de 20 de abril la reiteración con la que esta Sala ha dictado sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swap " de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 691/2015, de 10 de diciembre , 692/2015, de 10 de diciembre , 742/2015, de 18 de diciembre , 31/2016, de 4 de febrero , y 195/2016, de 20 de marzo , entre otras.



Cuando se suscribió el contrato cuya nulidad se pretende no estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que la desarrolla, pero ya la legislación anterior recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MIFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia entre los que se incluye la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesa sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía, siendo como era el cliente una persona ajena a este tipo de contratación.

Es cierto que ni la complejidad de las permutas de interés es la misma en todos los supuestos, al ser variadísima la cobertura teórica que procuran, ni la información financiera de los clientes es idéntica y como tal debe graduarse y ser apreciada en función del contenido de la operación y de la finalidad que con su concierto se persigue, como indica la sentencia.

Ocurre que estamos ante un producto complejo y de riesgo como es el swap, y que los deberes de información que competen a la entidad financiera no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada, ni es especialmente significativo el «aviso importante sobre el riesgo de la operación», con el que la sentencia parece dar por cumplimentada esta información (a parte de una impresión meramente subjetiva, basada en una equiparación a la cláusula sobre fijación de intereses contenida en la hipoteca), pues no es una información clara y suficiente sobre este extremo, estando redactada en términos difícilmente inteligibles, que además no ha sido entregada con la antelación suficiente a la concertación del contrato, puesto que se encuentra en el documento contractual, y el cliente resultó sorprendido por unas liquidaciones negativas, de cuya posibilidad no consta se le hubiera advertido adecuadamente.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

TERCERO.- El acogimiento de este primer motivo del recurso, exime del examen de los restantes. En consecuencia, debe estimarse el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida; y, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banesto S.A. (hoy Banco Santander S.A.), contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª instancia n.º 71 de Madrid, que se mantiene en su integridad.

En cuanto a costas, no se hace especial declaración de las originadas por este recurso, y se imponen a la demandada las causadas en la 1.ª instancia y en apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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 Chao Praya SL, contra la sentencia de fecha 11 de junio 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, en el recurso de apelación núm. 537/2013. **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrida contra la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia n.º 71 de Madrid, en autos de juicio ordinario 113/2012, que se mantiene en su integridad. **3.º-** Imponer a Banesto S.A. (hoy Banco Santander S.A.) las costas causadas en la 1ª instancia y en apelación, y no hacer especial declaración sobre las del recurso de casación. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ