



Roj: **STS 2260/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2260**

Id Cendoj: **28079110012017100352**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **1964/2013**

Nº de Resolución: **361/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 383/2013,**  
**STS 2260/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca. Los recursos fueron interpuesto por la entidad Europlassa Salamanca S.L., representada por el procurador Juan José Gómez Velasco. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO. Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora Alicia González Molinero, en representación de la entidad Europlassa Salamanca S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca, contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que estimando íntegramente esta demanda:

1º) Se declare la nulidad del contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar con barrera knock-out en el cap y barrera knock-in en el floor, y del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), suscritos entre los aquí litigantes en fecha 10 de octubre de 2008.

2º) Se condene a la demandada a estar y pasar por esta declaración, debiendo las partes restituirse recíprocamente las prestaciones recíprocas que hubiesen sido objeto de dicho contrato, a tenor de las liquidaciones producidas y que se pudieran llegar a practicar, condenando a la demandada a reintegrar a mi mandante las sumas conforme a las bases establecidas en el antecedente fáctico duodécimo de la presente, y que se determinarán en ejecución de sentencia, deduciendo las cantidades abonadas a la actora por la demandada de aquellas cantidades cobradas por la misma demandada a mi mandante hasta la fecha de la sentencia, con abono de los respectivos intereses legales desde la fecha que aquellas fueran respectivamente abonadas y cobradas hasta la fecha de dicha sentencia.

3º) Se condene a la demandada a las costas del presente juicio».

2. El procurador Rafael Cuevas Castaño, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:



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

**3.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que debo estimar y estimo la demanda presentada, por la procuradora D<sup>a</sup>. Alicia González Molinero, en nombre y representación de la entidad mercantil Europlassa Salamanca S.L., contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., representada por el procurador D. Rafael Cuevas Castaño, y por ende, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de confirmación de opciones de tipo de interés collar con barrera knock-out en el cap y barrera knock-in en el floor, y del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), suscritos entre los litigantes en fecha 10 de octubre de 2008, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos, comisiones, y gastos de cualquier clase efectuados o que pudieran llegarse a practicar a raíz de referido contrato, con abono de los respectivos intereses legales desde la fecha en que fueron respectivamente abonados y cobrados hasta la fecha de la presente resolución.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

**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 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Salamanca, mediante sentencia de 18 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación de la entidad Banco de Santander Central Hispano S.A. que viene representada por el Procurador Sr. Cuevas Castaño contra sentencia de tres de diciembre de dos mil doce del Ilmo. Magistrado Juez sustituto de Primera Instancia número nueve de Salamanca a que este rollo se contrae, en el que es apelada la mercantil Europlassa Salamanca S.L. que viene representada por la Procuradora Sra. González Molinero, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar desestimamos íntegramente la demanda que ha dado lugar a este recurso sin expresa condena de las costas de ninguna de las instancias, con devolución al apelante del depósito constituido».

**TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.** La procuradora Alicia Teresa González Molinero, en representación de la entidad Europlassa Salamanca S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Salamanca.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 218.2 de la LEC .

2º) Infracción del art. 217 de la LEC .

3º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española , en relación con el art. 218.2 de la LEC .

4º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española , en relación con los arts. 326 y 334 de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de valores, y los arts. 60 a 67 del RD 217/2008, de 15 de febrero ».

**2.** Por decreto de 2 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 la entidad Europlassa Salamanca S.L., representada por el procurador Juan José Gómez Velasco; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

**4.** Esta sala dicto auto de fecha 25 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Europlassa Salamanca, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 18 de junio de 2013, por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 87/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 361/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Salamanca.



2.- Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, en cuanto a la infracción planteada en el motivo cuarto».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 10 de octubre de 2008, Europlassa Salamanca, S.L. (en adelante, Europlassa), por medio de su administrador Abilio , concertó con Banco Santander un contrato de arrendamiento financiero para la adquisición de una cortadora modelo Innova para la fabricación de bolsas de vacío y de plástico. Ese mismo día, también suscribieron un CMOF y un contrato de permuta financiera (denominado Confirmación de opciones de tipo de interés collar con barrera Knock-out en el cap y barrera knock-in en el floor), sobre un notional de 1.000.0000 euros.

No consta que, con anterioridad a la firma del contrato de permuta financiera, el banco hubiera informado al cliente de las características del producto y de sus concretos riesgos.

La primera liquidación fue positiva para el cliente (2.307,67 euros), mientras que las siguientes fueron negativas (4.544,95 euros, 7.612,50 euros, 8.872,89 euros y 7.383 euros).

2. Europlassa interpuso una demanda en la que pedía la nulidad del contrato de permuta financiera y del CMOF por error vicio, en cuanto que el banco había incumplido el deber de informarle de la naturaleza del producto y del riesgo de liquidaciones negativas como las que se produjeron.

3. El juzgado de primera instancia apreció que el banco había incumplido el deber de informar sobre las características del producto y, sobre todo, sobre los concretos riesgos derivados de las liquidaciones negativas como consecuencia de la bajada de los tipos de interés. Declaró la nulidad del contrato y ordenó la restitución de las comisiones, pagos y gastos de cualquier clase efectuados o que pudieran efectuarse como consecuencia de ese contrato.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó el recurso. Si bien reconoce que no consta que el banco hubiera informado al cliente de las características del producto antes de la contratación, entiende que el anexo del contrato, que había sido aportado por el banco mediante una fotocopia, era suficientemente claro para entender como operaba el swap, lo que excluía el error vicio.

5. Frente a la sentencia de apelación, Europlassa formuló recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en un único motivo. Del recurso extraordinario por infracción procesal sólo se admitió el motivo cuarto. El único motivo de casación fue admitido.

En atención a que la relevancia de la estimación del motivo extraordinario por infracción procesal dependería de cómo se resolviera del recurso de casación, en este caso entendemos más oportuno invertir el orden de análisis, y comenzar por el recurso de casación.

En su escrito de oposición, Banco Santander opone como causa de inadmisión que el recurso no respeta la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida, pues pretende una revisión de los hechos probados y los motivos se fundan en hechos distintos a los declarados probados. Esta objeción, que guarda relación con el análisis de los concretos motivos de casación, debe ser desestimada pues, como se desprenderá de nuestra argumentación, en lo esencial no se altera la base fáctica de la sentencia recurrida.

### SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la infracción de los arts. 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de valores, y los arts. 60 a 67 del RD 217/2008, de 15 de febrero , como consecuencia de que, a pesar de que no existió información precontractual sobre las características del producto y sus concretos riesgos, la sentencia de apelación no apreció el incumplimiento de esos especiales deberes de información y su repercusión sobre la validez del contrato.

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



**2. Estimación del motivo .** El contrato de permuta financiera objeto de litigio se concertó el 10 de octubre de 2008, cuando ya estaba incorporada a la Ley del Mercado de Valores la normativa MiFID, por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, 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 (Europlassa) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

Como ha dejado constancia la sentencia de primera instancia, y no ha contradicho la Audiencia, no ha quedado probado que la entidad financiera hubiera explicado los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés y el coste efectivo que ello podía suponer para el cliente. A este respecto, la información contenida en el contrato resulta insuficiente y a la entidad financiera se le exigía una actividad positiva en la fase precontractual, de la que no queda constancia. Aunque se obviara la impugnación de la autenticidad del anexo que fue aportado por el banco mediante una fotocopia, esa documentación por sí sola no resulta suficiente si no va acompañada de una explicación, a los efectos de entender cumplido el deber de información. Y ello, sin perjuicio de que los escenarios que se reflejan en el anexo ilustran sobre lo obvio, pero no muestran la entidad de las liquidaciones negativas en caso de que se produjera una bajada drástica del Euribor como la que luego acaeció.

**4.** La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC ). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración comercial seriamente emitida»



5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

5. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

La estimación del recurso de casación hace innecesario que entremos a analizar el recurso extraordinario por infracción procesal. Casada la sentencia de apelación, asumimos la instancia y, por las razones apuntadas, al apreciar el error vicio provocado por el incumplimiento de los deberes de información, desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia dictada en primera instancia.

### **TERCERO. Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC). Como no ha sido necesario entrar a resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, tampoco hacemos expresa condena respecto de las costas de ese recurso.

2. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Santander, imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 LEC).

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

### **esta sala ha decidido**

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Europlassa Salamanca, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (sección 1ª) de 18 de junio de 2013 (rollo 87/2013), que dejamos sin efecto, sin hacer expresa condena en costas. 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Salamanca de 3 de diciembre de 2012 (juicio ordinario 361/2012), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. Y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ