



Roj: **STS 1562/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1562**

Id Cendoj: **28079110012018100248**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/05/2018**

Nº de Recurso: **2205/2015**

Nº de Resolución: **261/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 515/2015,**
STS 1562/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 261/2018

Fecha de sentencia: 03/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2205/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: GM

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2205/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 261/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 3 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 120/2015 de 28 de mayo de 2015 dictada en grado de apelación por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 637/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Zafra, sobre nulidad de contratos.

El recurso fue interpuesto por Grupo Lloret S.A., representado por el procurador D. José María Echevarría Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Carles Clapera Castany.

Es parte recurrida Banco de Santander S.A. representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José María Echevarría Rodríguez, en nombre y representación de Grupo Lloret S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] que estimando totalmente la presente demanda DECLARE: 1.- La nulidad radical de pleno derecho de los contratos de permuta financiera de tipos de interés firmados por Grupo Lloret, S.A. y el Banco de Santander, S.A. firmados entre los años 2005 y 2008.

»2.- Estimando el punto 1.-, a la restitución recíproca de las prestaciones. Es decir, que se condene al Banco a devolver lo recibido del cliente en virtud del Swap y al cliente, a su vez, a restituir al Banco las liquidaciones positivas que éste le abonó, en base al art. 1303 del CCv. Siendo la liquidación positiva al cliente y base de reclamación de 1.186.726,88?.

»3.- Que como acto derivado de contrato nulo de pleno derecho, se anule el préstamo hipotecario concedido para la cancelación de la deuda generada por los contratos swaps.

»4.- Subsidiariamente, la declaración de responsabilidad de Banco de Santander por el incumplimiento de sus obligaciones y por tanto, el reintegro de lo pagado con intereses

»5.- La devolución de los gastos de constitución y de interés generados en la constitución del préstamo hipotecario, estando a lo previsto en el art. 1303 CCv.

»6.- Condene al Banco de Santander S.A. al pago de las costas procesales. según el art. 394 y ss. LECv.».

2.- La demanda fue presentada el 9 de septiembre de 2013 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Zafra, fue registrada con el núm. 637/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Jesús A. Hernández Berrocal, en representación de Banco de Santander S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zafra, dictó sentencia 10/2015 de 15 de enero, en la que desestimó la demanda y condenó al actor al pago de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander S.A.. La representación de Grupo Lloret S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 1124/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 120/2015 de 28 de mayo, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Primero.- Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Grupo Lloret S.A. contra la sentencia de 15 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de número 1 de Zafra y acordamos revocarla únicamente en el pronunciamiento en costas, para no hacer especial imposición, confirmándola en todo lo demás.

»Segundo.- No se imponen tampoco las costas de esta alzada y se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.»

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

1.- El procurador D. José María Echevarría Rodríguez, en representación de Grupo Lloret S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del motivo recogido en el ordinal 2.º del art. 469.1 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto del art. 218, ordinal 1º de la LEC, en relación con el art. 1.7 CC . [...].

«Segundo.- Al amparo del motivo recogido en el ordinal 2.º del art. 469.1 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto del art. 218, ordinal 2.º de la LEC . [...]

»Tercero.- Error en la valoración de la prueba por ser manifiestamente irracional e ilógica al amparo de lo previsto en el art. 469.1.4.º de la LEC, en lo que se refiere al conocimiento por parte del Grupo Lloret, S.A. del producto que contrata. [...]»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la trascendencia de la vulneración del deber de información de la entidad financiera sobre la apreciación del error en el consentimiento.

»Segundo.- Infracción del art. 1288 del C.C. en cuanto a la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del contrato.

»Tercero.- Infracción del art. 72 del R.D. 218/2008, de 15 de febrero .[...]»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de diciembre de 2017, que admitió el recurso, y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizaran su oposición.

3.- La entidad mercantil Banco de Santander S.A. se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1. El 28 de enero de 2005, la compañía mercantil Grupo Lloret, S.A., demandante y aquí recurrente, dedicada a la construcción y promoción inmobiliaria, suscribió con Banco Santander, S.A. un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y un contrato de confirmación de permuta financiera por importe nominal de diez millones de euros («Swap Bonificado 12 Q x 12 con barrera knock-in in arrears»). En los años sucesivos (24 de enero de 2006, 13 de febrero de 2007 y 17 de abril de 2008) el contrato de permuta financiera fue objeto de renovación por ambas partes.

2. En este contexto, y tras diversas liquidaciones negativas para el cliente, Grupo Lloret, S.A. formuló una demanda contra Banco Santander, S.A. en la que solicitaba que se declarase la nulidad de los contratos de permuta financiera, la restitución recíproca de las prestaciones, se anulase el préstamo hipotecario concedido para la cancelación de la deuda generada por los contratos swaps y, subsidiariamente, se declarase la responsabilidad de la entidad bancaria Banco Santander, S.A. por incumplimiento de sus obligaciones, y por tanto, el reintegro de lo pagado con intereses, la devolución de los gastos de constitución y de interés generados en la constitución del préstamo hipotecario, así como que se le condenase al pago de las costas procesales.

La entidad bancaria se opuso a la demanda.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En este sentido, concluyó lo siguiente:

«[...] En consecuencia, se puede afirmar que la demandante recibió información escrita y oral, cuantitativa y cualitativamente adecuada a su nivel de comprensión y a su perfil de inversor, contando, a mayor abundamiento, con tiempo suficiente para efectuar un examen de la información aportada incluso siendo asesorada por sus asesores financieros internos y externos a su empresa. Con la información en cuestión,



contando con los instrumentos de asesoramiento con los que contaba y habiendo gozado de un periodo de reflexión, la actora decidió contratar el producto; y no cabe apreciar de la prueba practicada la existencia de una actuación dolosa de la entidad bancaria por engaño a su cliente o que fuera observable en la demandada infracción de la buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales, ni el suministro de una información inexacta o engañosa, o una actuación negligente que hubiera podido propiciarla.»

4.- Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia lo estimó en parte, a los solos efectos de revocar la sentencia de primera instancia en el pronunciamiento de costas para no hacer especial imposición de las mismas, confirmándola en todo lo demás.

5. - Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO.- 1. La recurrente interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos:

En el primer motivo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 L.E.C., la recurrente denuncia la infracción del art. 218.1 L.E.C., en relación con el art. 1.7 del Código Civil. En su desarrollo argumenta que la sentencia recurrida, al confirmar la sentencia de primera instancia, incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse respecto de la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos suscritos.

2. El motivo debe ser desestimado.

En la demanda se observa, con toda claridad, que la demandante no solicitó la nulidad de dicha cláusula en concreto, sino la «nulidad radical de pleno derecho de los contratos suscritos». Por lo que, desde este plano de análisis, no se incurre en la incongruencia denunciada en tanto que la sentencia recurrida responde a lo pedido, si bien en sentido contrario a lo pretendido por la parte apelante.

3. En el motivo segundo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 L.E.C., la recurrente denuncia la infracción del art. 218.2 L.E.C.. En su desarrollo, en clara conexión con el motivo anterior, argumenta que la sentencia recurrida carece de motivación respecto de la validez de la cláusula de cancelación anticipada de los contratos suscritos.

4. El motivo debe ser desestimado.

La sentencia recurrida no incurre en la infracción alegada, pues en su fundamento de derecho quinto expresa, cumplidamente, los razonamientos fácticos y jurídicos que justifican su decisión:

«[...] En primer lugar, el suplico de la demanda no hace una petición expresa al respecto. Básicamente, se pedía la nulidad de los contratos de permuta y la fijación de los efectos derivados de dicha nulidad. No se observa entonces una incongruencia omisiva, que, en cualquier caso, al tratarse de una sentencia absolutoria, sería difícil de apreciar.

De todas formas, tras la reforma introducida por la Ley 13/2009, que dio nueva redacción al artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el trámite para la denuncia de incongruencia omisiva es el del llamado complemento de sentencia. El Tribunal Supremo ha sentado ya como doctrina que la alegación de incongruencia omisiva requiere el intento previo de complemento de sentencia (por todas, véase la sentencia 35/2013, de 12 de febrero). Al no haber agotado "Grupo Lloret, S.A." dicha vía, está fuera de lugar esgrimir dicho vicio en esta alzada (art. 459 de la L.E.C.). Si el Juzgado no se pronunció sobre la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada, esa omisión de pronunciamiento debía haber combatido por el art. 215.»

5. Por último, en el motivo tercero, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 L.E.C., la recurrente denuncia el error en la valoración de la prueba al ser manifiestamente irracional e ilógica. En su desarrollo argumenta que dicho error se produce respecto de la valoración del conocimiento por parte del Grupo Lloret, S.A. acerca de las características y riesgos del producto contratado.

6. El motivo debe ser desestimado.

La recurrente, partiendo de un análisis parcial y sesgado de la base fáctica, plantea en este motivo cuestiones sustantivas propias del recurso de casación (art. 473.2.1 L.E.C., en relación con el art. 469.2 de dicho cuerpo legal), como el error «*in substantia*», la «excusabilidad» del error y su incidencia en la valoración del conocimiento del cliente como presupuesto de la validez del consentimiento prestado.

Recurso de casación.



TERCERO.- Contrato de permuta financiera (swap). Error vicio del consentimiento. Asesoramiento externo. Omisión del test de idoneidad. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 L.E.C., interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el encabezamiento del motivo primero, la recurrente denuncia literalmente: «la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la transcendencia de la vulneración del deber de información de la entidad financiera sobre la apreciación del error en el consentimiento», con cita de las SSTs de 7 y 8 de julio de 2014.

2. El motivo debe ser desestimado.

Como alega la parte recurrida, el motivo no debió superar la fase de admisión al incurrir de forma manifiesta en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2.º L.E.C., pues en su formulación se omite la debida cita de la norma sustantiva que se considera infringida. Por lo que dicha causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación del motivo.

3. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del art. 1288 del Código Civil en cuanto a la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del contrato.

4. El motivo debe ser desestimado por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º L.E.C.), dado que la cuestión planteada (la interpretación «*contra proferentem*») no afecta a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

5. En el motivo tercero, la recurrente denuncia la infracción del art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Argumenta que, con relación al último contrato suscrito, la falta de realización del test de idoneidad por parte de la entidad bancaria produjo el error vicio del consentimiento prestado.

6. El motivo debe ser desestimado.

Es jurisprudencia reiterada de esta sala que la falta de realización del test de idoneidad lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos derivados pero, por sí sola, no determina la existencia del error vicio en el consentimiento prestado (entre otras, STS 12/2017, de 13 de enero). Máxime en el presente caso, en donde la sentencia recurrida tiene en cuenta que el cliente tuvo conocimiento de la naturaleza y riesgos del producto a través de un asesoramiento externo especializado en este campo de la contratación.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por dichos recursos sean impuestas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 L.E.C.

2. Asimismo, procede ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª de la L.O.P.J. .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la entidad Grupo Lloret, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 28 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.ª, en el rollo de apelación núm. 124/2015.

2. Imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente.

3. Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de sendos recursos.

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.