



Roj: **STS 2159/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2159**

Id Cendoj: **28079110012019100347**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2019**

Nº de Recurso: **4098/2016**

Nº de Resolución: **356/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15451/2016,**  
**STS 2159/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 356/2019**

Fecha de sentencia: 25/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4098/2016

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 12/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4098/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 356/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 25 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2016, dictada en recurso de apelación 285/2016, de la Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 988/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Navalcarnero; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la mercantil Picadas S.A., representada en segunda instancia por el procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, bajo la dirección letrada de D. Vicente Rodrigo Díaz, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador que falleció durante la sustanciación del recurso, personándose en su lugar la procuradora Dña. María Concepción Puyol Montero en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora Dña. Leticia Chipirrás Trenado, bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La entidad mercantil Picadas S.A., representada por el procurador D. José Ramón Orrico Blázquez y dirigido por el letrado D. Víctor Ortiz Hernández, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se tuviera por interpuesta la demanda y se dictara sentencia:

"Estimando íntegramente la misma y por la que se declare:

"A) La nulidad, conforme a los fundamentos jurídicos *ut supra* referidos, de los siguientes contratos: confirmación de permuta financiera de tipo de interés de fecha 22 de marzo de 2007 y confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 15 de febrero de 2008 (este último actualmente en vigor).

"B) La obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a mi mandante de todas las liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria, con igual fecha valor, y a retroceder cuantos intereses comisiones y gastos se hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones.

"C) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad instada fuese rechazada, declare la resolución del contrato actualmente vigente a instancia de mi representada, con efecto *ex tunc* desde la existencia del referido contrato por incumplimiento en el deber de información, y sin que ésta tenga que asumir gasto alguno en virtud de dicha resolución, reintegrándosele las liquidaciones negativas que se le hayan ido aplicando a partir de los efectos de la declaración de resolución contractual.

"D) Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada".

**2.-** La entidad demandada Banco Santander S.A., representada por la procuradora Dña. Leticia Chippirrás Trenado y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta, 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:

"Por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Navalcarnero se dictó sentencia, con fecha 1 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Estimar la demanda interpuesta por el procurador D. José Ramón Orrico Blázquez en nombre y representación de Picadas S.A., contra Banco de Santander, declarando la nulidad de los contratos de 22 de marzo de 2007 y 15 de febrero de 2008, con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a la actora de todas las liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, asimismo se condena en costas a la parte demandada".

Y en fecha 11 de noviembre de 2015 se dictó auto aclarando la sentencia con la siguiente parte dispositiva:



"Se aclara la sentencia de fecha 25 de junio de 2015, dictada en el presente procedimiento, teniendo su fallo el siguiente tenor literal: Estimar la demanda interpuesta por el procurador D. José Ramón Orrico Blázquez en nombre y representación de Picadas S.A. contra Banco de Santander, declarando la nulidad de los contratos de 22 de marzo de 2007 y 15 de febrero de 2008, con la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, procediendo ambas partes a reintegrarse recíprocamente todas las liquidaciones positivas y negativas cargadas y abonadas en la cuenta bancaria de la actora, con los intereses legales desde la interposición de la demanda, asimismo se condena en costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 24 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación formulado por Banco Santander S.A. contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Navalcarnero en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y desestimamos la demanda en su día interpuesta por la entidad Picadas S.A. contra dicha parte apelante, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la demandante, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las de la presente alzada".

**TERCERO.- 1.-** Por la entidad mercantil Picadas S.A. se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 692/2015, de 10 de diciembre, y 689/2016, de 23 de noviembre, en relación a la doctrina que establece la excusabilidad del error. En concreto, se solicita se declare vulnerada la doctrina según la cual el hecho de que una empresa tenga experiencia en la contratación de productos tradicionales para el necesario desarrollo de su actividad no puede conllevar la presunción de que conoce las características de productos complejos que nunca ha tenido antes contratados, no pudiendo exigirse a éste que se procure esta información por sus propios medios.

Segundo motivo.- Infracción del art. 9 bis LMV y del art. 5 del anexo de este RD 629/1993, en relación al art. 1266 del Código Civil. Concorre interés casacional por infringir la sentencia recurrida la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo 689/2016, de 23 de noviembre, y 595/2016, de 5 de octubre, así como la del pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, en relación con la información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera.

Tercer motivo.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 533/2015, de 3 de diciembre, en relación a la esencialidad del error. En concreto, se solicita se declare vulnerada la doctrina según la cual la entidad financiera debe facilitar al cliente la información necesaria para que éste pueda conocer la existencia de un coste de cancelación así como el modo de calcularlo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de marzo de 2019, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido únicamente el recurso de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Leticia Chippirrás Trenado, en nombre y representación de Banco de Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de junio de 2019, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes.*

**1.-** La demanda.

La demanda se interpuso por una sociedad anónima contra el banco (Banco Santander S.A.), sobre nulidad de dos contratos de permuta financiera suscritos en los años 2007 y 2008.

**2.-** La sentencia de primera instancia.



Estimó la demanda. No otorgó relevancia al contenido del contrato ni a la prueba testifical del empleado del banco que intervino en la comercialización y constató que el administrador de la demandante no tenía conocimientos financieros ni había contratado con anterioridad productos financieros.

### 3.- La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación del banco demandado y desestimó la demanda.

Esta sentencia excluye el error partiendo de que el contenido del contrato no permite confundirlo con un aseguramiento, y con base en que el cliente es una empresa de gran volumen económico y su administrador, como responsable, cuenta con la suficiente formación económico-financiera; se tiene en cuenta también que de la prueba testifical deriva que hubo información contractual. Además, se relativiza la información sobre la cláusula de cancelación anticipada.

### 4.- El recurso de casación.

Se interpone por la sociedad anónima demandante.

Interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre:

- La excusabilidad del error (el volumen negocial de la empresa no permite, por sí mismo, presumir el conocimiento del producto).
- El alcance de la información.
- La información sobre la cláusula de cancelación anticipada.

### SEGUNDO .- Motivos primero, segundo y tercero.

1.- Primer motivo.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 692/2015, de 10 de diciembre , y 689/2016, de 23 de noviembre , en relación a la doctrina que establece la excusabilidad del error. En concreto, se solicita se declare vulnerada la doctrina según la cual el hecho de que una empresa tenga experiencia en la contratación de productos tradicionales para el necesario desarrollo de su actividad no puede conllevar la presunción de que conoce las características de productos complejos que nunca ha tenido antes contratados, no pudiendo exigirse a éste que se procure esta información por sus propios medios.

2.- Segundo motivo.- Infracción del art. 9 bis LMV y del art. 5 del anexo de este RD 629/1993 , en relación al art. 1266 del Código Civil . Concorre interés casacional por infringir la sentencia recurrida la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo 689/2016, de 23 de noviembre , y 595/2016, de 5 de octubre , así como la del pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en relación con la información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera.

3.- Tercer motivo.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 533/2015, de 3 de diciembre , en relación a la esencialidad del error. En concreto, se solicita se declare vulnerada la doctrina según la cual la entidad financiera debe facilitar al cliente la información necesaria para que éste pueda conocer la existencia de un coste de cancelación así como el modo de calcularlo.

Se desestiman los motivos.

**TERCERO .- 1. Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.**

**A.-** La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa MiFID (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

**B.-** Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan ( art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008,



de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del texto refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó 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, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene ( sentencias de esta sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

#### **CUARTO** .- *Error vicio.*

En el presente supuesto, se declara en la sentencia recurrida la inexistencia de error en la contratación, dada la formación suficiente del administrador de la demandante.

Este aserto tiene cobertura suficiente dado que:

1. En el test de conveniencia se aprecia que la empresa consta con dirección financiera.
2. El firmante del *swap*, es también administrador de una sociedad de asesoramiento financiero de empresas (Finanser S.L.).

Establece la sentencia 290/2019, de 23 de mayo :

"Analizadas las obligaciones de información, en relación con el error invocado y asumiendo la instancia hemos de mantener el acertado razonamiento del juzgado de instancia que descarta la existencia de error en el contratante ( art. 1301 del CC ) dada la intervención del director financiero de la sociedad, con amplia experiencia en su cometido, cargo que ostentaba con suficiente cualificación, propia de una empresa con amplia infraestructura y alto endeudamiento, con amplia experiencia en productos complejos y con operativa en el comercio internacional ( sentencia 368/2017, de 8 de junio )".

Como advertimos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , ni la falta de acreditación de la información que con carácter previo a la contratación de la permuta financiera, ni la ausencia del test de conveniencia o, en su caso, el de idoneidad, determinan por sí la existencia de error vicio, sino que lo presumen. Lo que no impide que pudiera acreditarse que a pesar de la falta de constancia de la información precontractual y del preceptivo test, el cliente contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos ( sentencia 264/2018 de 9 de mayo ).

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso, pues pese a la existencia de una información incompleta, dado que no consta información precontractual, sí que se acredita una formación financiera suficiente del firmante del *swap*, que posibilita que se descarte la existencia de error en la contratación, por lo que desestimamos el recurso y confirmamos la sentencia recurrida, al no constar que el juicio emitido por la Audiencia Provincial vulnere la jurisprudencia. ( arts. 1265 y 1266 del C. Civil ).

#### **QUINTO** .- *Costas.*

Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente ( art. 398 LEC de 2000 ) y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

### **FALLO**

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



1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Picadas S.A. contra sentencia de fecha 24 de octubre de 2016, de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 285/2016 ).

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición de las costas del recurso de casación al recurrente.

Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

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