



Roj: **STS 643/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:643**

Id Cendoj: **28079110012016100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2016**

Nº de Recurso: **3149/2012**

Nº de Resolución: **90/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 15280/2012,**  
**STS 643/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por la entidad Rafa y sus Gafas S.L., representada por la procuradora María de los Ángeles Martínez Fernández.

Es parte recurrida la entidad Bankinter S.A, representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La procuradora María de los Ángeles Martínez Fernández, en nombre y representación de la entidad Rafa y sus Gafas S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid, contra la entidad Bankinter S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que estimando la demanda, se declare la nulidad de los contratos firmados entre demandante y demandada, de "condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros", y "condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros", de fecha 22 de septiembre de 2010 y se condene a Bankinter S.A. a estar y pasar por esta declaración y a restituir a la entidad demandante la cantidad de ocho mil ciento setenta y seis euros con sesenta y nueve euros (8.176,69 euros), así como las cantidades que se siguieran cargando como consecuencia de dichos contratos en la cuenta corriente titularidad de la actora vinculada a dichos contratos, hasta la ejecución de la sentencia, y al abono de los intereses legales desde que se hicieron los correspondientes cargos en dicha cuenta, con imposición de todas las costas y gastos causados en este procedimiento».

2. La procuradora Rocío Sampere Meneses, en representación de la entidad Bankinter S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid dictó Sentencia con fecha 11 de octubre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:



«Fallo: Que estimando la demanda promovida por el Procurador D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> de los Ángeles Martínez Fernández en nombre y representación de Rafa y sus Gafas S.L. contra Bankinter S.A. representada por el Procurador D<sup>a</sup> Rocío Sampere Meneses debo:

- declarar y declaro nulo, sin valor ni efecto alguno el contrato denominado de condiciones generales y particulares de gestión de riesgos financieros firmados por las partes el 22 de septiembre de 2008 condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración de nulidad.

- condenar y condeno a la entidad demandada a satisfacer al actor la cantidad de 10796,01 € importe cargados como consecuencia del mismo y a satisfacer el interés legal de los importes cargados desde la fecha de cargo excepción hecha de los dos primeros compensados al ser uno positivo y otro negativo sin perjuicio de elevar en dos puntos dicho tipo a contar desde la presente resolución y hasta su pago.

Las costas procesales causadas se imponen a la parte demandada al haber sido estimada la demanda».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankinter, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 25<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 20 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A. contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2011 dictada por el Juzgado de primera instancia nº 53 de Madrid, la revocamos, y dictamos otra por la que, desestimando la demanda presentada por Rafa y sus Gafas S.L., absolvemos a la demandada de las pretensiones dirigidas contra ella.

Se impone a la parte actora las costas de la primera instancia, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las generadas en esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora María de los Ángeles Martínez Fernández, en representación de la entidad Rafa y sus Gafas S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25<sup>a</sup>.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción por aplicación indebida del art. 1266 CC e infracción por inaplicación de los arts. 1265, 1300 y 1303 CC ».

2. Por providencia de 23 de noviembre de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25<sup>a</sup>, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, 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, comparecer como parte recurrente la entidad Rafa y sus Gafas S.L., representada por la procuradora María de los Ángeles Martínez Fernández; y como parte recurrida la entidad Bankinter S.A, representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

4. Esta Sala dictó Auto de fecha 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad RAFA Y SUS GAFAS, S.L. contra la sentencia dictada, el 20 de septiembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25<sup>a</sup>), en el rollo de apelación nº 170/2012, dimanante del juicio ordinario nº 2512/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 53 de Madrid.»

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

#### **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.

Rafa y sus Gafas, S.L., sociedad constituida el 3 de junio de 2005 por Oscar y su esposa, adquirió por compraventa un local en Alcalá de Henares. Para financiar la compra, el 27 de julio de 2005, concertó un préstamo hipotecario por la suma de 182.000 euros con Bankinter, S.A.

En septiembre de 2008, un empleado del banco ofreció al administrador de Rafa y sus Gafas, S.L., Oscar, la suscripción de un swap de intereses, para cubrirse frente a una eventual subida de los tipos de interés. El 22 de septiembre de 2008, Rafa y sus Gafas, S.L. concertó un contrato de gestión de riesgos financieros. En las condiciones particulares del contrato de gestión de riesgos financieros se especifica que el notional era 150.000 euros y estaba vinculado al reseñado préstamo hipotecario, las liquidaciones serían trimestrales [los días 1 de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año de vigencia del producto], y la fecha de inicio era el 1 de octubre de 2008, y la de vencimiento el 1 de abril de 2011.

En relación con la cancelación anticipada del producto, en el contrato se afirma expresamente:

«El Cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto en cualquier momento durante la vigencia del mismo. A tal efecto, Bankinter ofrecerá al Cliente una "ventana de cancelación" los días 15 de los meses de mayo, agosto, noviembre y febrero de cada año de vigencia del producto, comenzando el 15 de febrero de 2009 y finalizando el 15 de noviembre de 2010. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al Cliente el precio de mercado como consecuencia de la cancelación anticipada del producto».

La primera liquidación, de 2 de enero de 2009, fue positiva a favor del cliente, quien percibió en la cuenta asociada la suma de 188,71 euros. La segunda liquidación, de 1 de abril de 2009, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 545,87 euros. La tercera liquidación, de 1 de julio de 2009, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 1.092 euros. La cuarta liquidación, de 1 de octubre de 2009, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 1.261,93 euros. La quinta liquidación, de 4 de enero de 2010, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 1.444,79 euros. La sexta liquidación, de 1 de abril de 2010, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 1.341,25 euros. La séptima liquidación, de 1 de julio de 2010, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 1.427,56 euros. Y la octava liquidación, de 1 de octubre de 2010, fue negativa para el cliente y positiva para el banco, por un importe de 1.341,25 euros.

Cuando el cliente se dirigió al banco para pedir explicaciones y comentó su interés en cancelarlo, el director de la oficina le indicó que la cancelación tendría un coste aproximado de 9.000 euros.

2. Rafa y sus Gafas, S.L. formuló una demanda en la que pedía la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros (swap) de 22 de enero de 2008, por haber sido concertado con error vicio, que afectaba tanto a las características del producto y sus riesgos, como al coste de la cancelación anticipada. La demanda pedía, como consecuencia de la nulidad, la condena de la demandada a restituir a la demandante 8.176,69 euros, por el saldo negativo de las liquidaciones practicadas, así como las cantidades que se siguieran cargando como consecuencia de la vigencia del contrato, más los intereses legales correspondientes a cada cargo.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, apreció el error vicio sobre las características del producto, sus riesgos y el coste de la cancelación, y condenó a Bankinter a devolver el importe negativo de las liquidaciones practicadas hasta el momento de la audiencia previa, que ascendía a 10.796,01 euros.

4. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado frente a esta sentencia por Bankinter. La Audiencia valora la prueba practicada y advierte del interrogatorio del administrador de la demandante, que este, al tiempo de firmar el contrato, conocía el riesgo que supondría tener que pagar un 4,40%, aunque el Euribor descendiese por debajo del tipo porcentual contemplado en el contrato de préstamo.

Y respecto de la ausencia de información sobre el coste de la cancelación, la Audiencia razona:

«(A)unque la cláusula sobre cancelación sí puede tener calidad esencial en la contratación y ser determinante en la concertación del negocio por ser el factor fundamental para desvincularse de él en caso de alterarse las circunstancias inicialmente previstas o recibir una oferta más adecuada, lo cierto es que en el caso de autos no puede así concebirse porque el prestatario sabía que la aplicación de la cláusula de cancelación implicaba un coste aunque no conociera cuál, y recibió inicialmente información a tal efecto que le permitieron valorar la conveniencia o no contratar, de modo que no puede percibirse la formación del consentimiento por error, ni procede declarar la nulidad del contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.265 CC, por lo que estimamos el recurso y desestimamos la demanda».



5. La sentencia de apelación fue recurrida en casación por Rafa y sus Gafas, S.L., sobre la base de un único motivo.

Rechazamos las objeciones formuladas por Bankinter a la admisión del motivo, porque el interés casacional, valorado al tiempo de formularse el recurso, venía representado por la disparidad de criterios seguidos por las Audiencias respecto de la relevancia de la falta de información sobre los costes de la cancelación anticipada del Swap, en relación con el error vicio. Tampoco es obstáculo a la admisión del recurso la Sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2014, en atención a la evolución seguida por la jurisprudencia con posterioridad, como expondremos a continuación.

**SEGUNDO.- Recurso de casación .**

1. *Formulación del motivo* . El motivo se formula con el siguiente tenor: «por infracción, en concepto de aplicación indebida, del artículo 1266 del Código Civil, y en, consecuente, infracción, por inaplicación, del art. 1265, artículo 1300 y 1303 del Código Civil, en cuanto a la nulidad, por error en la prestación del consentimiento por mi representada, respecto a condiciones sustanciales del contrato litigioso suscrito entre Rafa y sus Gafas, S.L. y Bankinter, S.A., denominado de condiciones generales y particulares de gestión de riesgos financieros firmados por las partes el 22 de septiembre de 2008, principalmente los costes y su cálculo de los supuestos de cancelación de dicho contrato a instancia de la demandante recurrente, sobre los que no se informó adecuada y suficientemente por la entidad financiera demandada a mi representada».

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

2. *Estimación del motivo* . En la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, admitimos que pudiera existir error vicio en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo, como en el presente caso mediante la activación de las ventanas de cancelación una vez al trimestre, y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste.

Argumentábamos en aquella sentencia:

«Cuando un contrato de las características del swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

«Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume». Esta doctrina ha sido reiterada por la posterior Sentencia 669/2015, de 25 de noviembre .

«La Sentencia 41/2014, de 17 de febrero, invocada por la entidad recurrida, a la luz de la citada sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, lo que declara es que, con carácter general, no bastará invocar la dificultad de conocer el coste de la liquidación del contrato para justificar la nulidad del contrato de swap por error vicio. El error vicio «ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato». En aquel caso concluimos que, «a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato».

De tal forma que en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, hay que valorar si por la cuantía del coste y su razonable imprevisibilidad, podía apreciarse el carácter esencial del defecto de representación sobre el coste de cancelación, que justificara el error vicio.

En nuestro caso, no cabe negar al conocimiento del eventual coste de cancelación carácter relevante a la hora de concertar el swap. Formaba parte de los riesgos de la contratación del producto, máxime cuando expresamente se ofrecía esta posibilidad de cancelación una vez al trimestre. Es comprensible que al cliente



le sorprendiera el importe de esta penalización, muy desproporcionada en relación con las liquidaciones negativas que estaba sufriendo cuando se interesó por la cancelación (9.000 euros), que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato.

Por eso, en este caso, como ocurrió en el resuelto por la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, podemos concluir que existió error vicio en su contratación. A la vista de la parquedad de la cláusula contractual al respecto, el desconocimiento de que la cancelación anticipada del swap podía reportarle un coste como el que pretendía liquidarle el banco, muestra que el cliente no pudo representarse que pudiera llegar a ser tan onerosa. Esta circunstancia que en este caso afecta a un elemento esencial del negocio, los riesgos de la cancelación anticipada, incide en la relevancia del error, que además es excusable, porque no informaba de ello el contrato, ni tampoco consta que lo hiciera el banco antes de la contratación, y está justificado que no pudiera imaginarse un coste tan oneroso.

En consecuencia, procede casar la sentencia de apelación, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, con la consiguiente confirmación de la sentencia de primera instancia.

#### **TERCERO.- Costas**

Estimado el recurso de casación, no imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC ).

Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas generadas por este recurso ( art. 398.1 LEC ).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1º Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Rafa y sus Gafas, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 25ª) de 20 de septiembre de 2012 (rollo núm. 170/2012), que dejamos sin efecto.

2º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid de 11 de octubre de 2011 (juicio ordinario núm. 2512/2010), cuya parte dispositiva confirmamos.

3º No hacer expresa condena de las costas de casación, e imponer las de apelación a la parte apelante.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.