



Roj: **STS 3214/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3214**

Id Cendoj: **28079110012016100455**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2016**

Nº de Recurso: **1513/2013**

Nº de Resolución: **460/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos por Banco de Santander, S.A, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, bajo la dirección letrada de D. Manuel García-Villarrubia y D. Marcelino ; contra la sentencia n.º 130, dictada el 12 de abril de 2013, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación núm. 21/2013 , dimanante del juicio ordinario núm. 335/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada. Ha sido parte recurrida Nevauto, S.A, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María de Villanueva Ferrer y bajo la dirección letrada de D. Santiago Benavides Delgado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

**1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Pilar Fariza Rodríguez, en nombre y representación de Banco Español de Crédito, S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra Nevauto, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] mediante la que condene a la mercantil demandada al pago a mi representada de la suma de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS Y SESENTA Y DOS CÉNTIMOS (149.852,62 €) más los intereses de demora de dicha suma al tipo pactado del 7,2650% anual desde el día 8 de noviembre de 2010 hasta el completo abono de la suma reclamada en concepto de principal, condenándola igualmente al pago de las costas del procedimiento».

**2.-** La demanda fue presentada el 15 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada y fue registrada con el núm. 335/2011 .

Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** La procuradora D.<sup>a</sup> María Manuela Benavides Delgado, en representación de Nevauto, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte sentencia estimando la Excepción de nulidad del contrato sobre operaciones financieras de fecha 25 de julio de 2008 suscrito entre las partes, con expresa imposición de costas al demandante, Banco Español de Crédito, S.A. y subsidiariamente, se desestime la demanda en su integridad, también con expresa imposición de costas al actor. Es justo.»

Asimismo, Nevauto, S.A. formuló demanda reconvenzional, en la que solicitaba:

«[...]en su día dicte sentencia declarando la nulidad del Contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés de fecha 25 de julio de 2.008 suscrito entre las partes, por las causas expuestas en la fundamentación jurídica, con reciproca restitución de las cantidades ya cargadas/abonadas en aplicación de los mismos, y las que lo



sean durante la tramitación del procedimiento, más intereses legales desde la fecha de cada cargo/abono, así como la anulación de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del contrato mencionado consten en los registros de morosidad o impagos que manejan los Bancos, tales como CIRBE, RAI, ASNEF, principalmente, o cualquier otro que pudiera operar al respecto, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

B).- En el supuesto de que SS<sup>a</sup> consideren que el contrato de SWAP es válido que aplique la cláusula *rebus sic stantibus* con modificación del contrato de tal modo que, mi mandante deba abonar a la entidad financiera la cantidad que SS<sup>a</sup> estime oportuna y que esta parte entiende que no debería ascender a más de 3.041,67 €. Con las diferentes consecuencias que dicha estimación supondría caso de haberse abonado o no la liquidación del SWAP pendiente de cargo, con restitución de las prestaciones y sus intereses, así como la anulación de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del contrato mencionado consten en los registros de morosidad o impagos que manejan los Bancos, tales como CIRBE, RAI, ASNEF, principalmente, o cualquier otro que pudiera operar al respecto con expresa condena en costas a la demandada».

4.- La representación procesal de Banco Español de Crédito, S.A., contestó a la demanda reconvenzional mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se dicte en su día Sentencia mediante la que se desestimen íntegramente las pretensiones ejercitadas frente a mi representada con imposición de las costas a la demandante reconvenzional.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada dictó sentencia 196/2012, de 27 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando íntegramente el suplico de la demanda presentada por la Procuradora Pilar Fariza Rodríguez, actuando en nombre y representación de Banco Español de Crédito S.A., contra Nevauto S.A., representado por la Procuradora María Manuela Benavides Delgado, debo absolver y Absuelvo al referido demandado de todos los pedimentos formulados en su contra.

Que estimando como estimo la demanda reconvenzional formulada por Nevauto S.A., representada por la Procuradora María Manuela Benavides Delgado, contra Banco Español de Crédito S.A., representado por la Procuradora Pilar Fariza Rodríguez, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 25 de julio de 2008, suscrito entre las partes, con recíproca restitución de las cantidades ya abonadas, más intereses legales desde la fecha de cada abono, así como la anulación de las anotaciones que por descubierto o impago de las cantidades derivadas del contrato mencionado consten en los registros de morosidad o impagos que manejan los bancos, tales como CIRBE, RAI, ASNEF, principalmente, o cualquier otro que pudiera operar al respecto.

Que debo condenar y condeno a Banco Español de Crédito S.A., al pago de todas las costas causadas en este procedimiento».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Español de Crédito S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 21/2013 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia 130/2013, de 12 de abril, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de Banco Español de Crédito S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Granada en Juicio Ordinario nº 335/11 de fecha 27 de septiembre de 2012, sin imposición de las costas de este recurso y con pérdida del depósito constituido para recurrir».

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

1.- La procuradora D.ª María Pilar Fariza Rodríguez, en representación de Banco Santander, S.A., -entidad que ha absorbido al Banco Español de Crédito, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Por el cauce del párrafo cuarto del artículo 469.1 de la LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con los artículos 326 y 348 de la LEC, en cuanto al error patente cometido por la Sentencia recurrida en la valoración de las pruebas practicadas, lo que



da como resultado una decisión irrazonable y arbitraria en cuanto a las perspectivas sobre tipos de interés que manejaba el Banco en el momento de la suscripción del contrato litigioso.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1269 y 1270 (párrafo 1º) del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta, ya que la Sentencia recurrida atribuye eficacia invalidante a una omisión de información que no reúne los requisitos establecidos para ser considerada dolo omisivo».

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 la Sala y personadas las partes ante la misma, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 27 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia dictada con fecha 12 de abril de 2013 por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) en el rollo de apelación nº 21/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 335/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Granada».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 27 de abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 23 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 25 de julio de 2008, Banco Español de Crédito, S.A. (en adelante, BANESTO) y Nevauto, S.A. (en adelante, Nevauto), suscribieron un contrato de permuta financiera de tipos de interés, con un nominal de 2.000.000 €, y vencimiento el 30 de julio de 2011.

2.- En el desarrollo del contrato, se produjeron diversas liquidaciones negativas para el cliente, que no fueron abonadas por éste, por lo que BANESTO dio por vencido anticipadamente el contrato el 8 de noviembre de 2010, con un saldo a su favor de 149.852,62 €.

3.- BANESTO formuló demanda contra Nevauto, en reclamación de dicha cantidad importe de la liquidación tras el vencimiento anticipado. Nevauto se opuso a la demanda y formuló reconvención, en solicitud de que se declarase la nulidad del contrato por causa ilícita, por dolo y por error.

4.- El juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) El contrato no tuvo causa ilícita; (ii) Los test de conveniencia e idoneidad realizados al cliente seis meses antes de la contratación del producto, acreditaban que el mismo no era aconsejable para dicho cliente; (iii) La información facilitada por el banco no fue suficiente, ya que consistió solamente en unas conversaciones previas, sin entrega de documentación, ni ilustración sobre las características del producto y sus riesgos, sobre todo si se producía una bajada de los tipos de interés; (iv) Como consecuencia de ello, el consentimiento del cliente estaba viciado por error. Razones por las cuales, desestimó la demanda y estimó la reconvención.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue desestimado por la Audiencia Provincial, que si bien consideró que no existió causa ilícita, ni tampoco había error en el consentimiento, porque la información fue suficiente y permitió al cliente conocer la mecánica y el riesgo del producto contratado, apreció que existió dolo omisivo por parte de la entidad financiera, ya que ocultó al cliente sus previsiones respecto de la evolución de los tipos de interés.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Motivo único de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba, con incidencia constitucional.*

*Planteamiento:*

1.- Banco Santander, S.A., como sucesor de BANESTO, formuló un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, plasmado en el art. 24.1 CE, en relación con los arts. 326 y 348 LEC, en cuanto al error patente cometido por la sentencia recurrida en



la valoración de las pruebas practicadas sobre las perspectivas de los tipos de interés que manejaba el banco en el momento de suscripción del contrato litigioso.

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente que no consta en autos ninguna prueba de la que pueda deducirse que cuando se firmó el contrato, la entidad financiera conociera o previera que la evolución de los tipos de interés iba a ser a la baja.

*Decisión de la Sala:*

1.- En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, y 211/2009, de 26 de noviembre, destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración».

En nuestras sentencias núm. 101/2011, de 4 de marzo, 263/2012, de 25 de abril, 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, y 235/2016, de 8 de abril, entre otras muchas, tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, recordamos que:

*«[n]o todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales ».*

2.- En este caso, se denuncia el error en la valoración de la prueba documental ( art. 326 LEC ) y de la prueba pericial ( art. 348 LEC ). Respecto de la primera, la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba ( SSTS 458/2009, de 30 de junio, y 163/2016, de 16 de marzo ). A su vez, la valoración de las pruebas periciales es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en instancia, que no es verificable en el recurso extraordinario, salvo que se concluya el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, o se desconozcan o falseen las conclusiones del perito. La sentencia de esta Sala núm. 309/2005, de 29 abril, recoge una reiterada jurisprudencia en el sentido de que, como no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ni las reglas de la sana crítica están catalogadas o predeterminadas, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional. Excepcionalmente, cabrá la revisión cuando en los informes de los peritos o en la valoración judicial se aprecie un error patente, ostensible o notorio, cuando se extraigan conclusiones contrarias a datos fácticos evidentes, se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falseen arbitrariamente sus dictados o se aparten del propio contexto del dictamen pericial ( sentencias de esta Sala núm. 58/2010, de 19 febrero ; 28/2013, de 30 de enero ; y 163/2016, de 16 de marzo ; entre otras).

3.- Nada de eso ocurre en este caso. Del contenido de la documentación obrante en el dictamen pericial aportado por la parte demandada-reconviniente, la Audiencia Provincial deduce que el banco podía tener conocimiento de que, a partir de la fecha de suscripción del contrato de permuta financiera, la tendencia de la evolución de los tipos de interés iba a ser bajista. Se trata de una valoración jurídica, no de una conclusión fáctica. Es decir, el supuesto error denunciado no sería un error de hecho, que es el revisable excepcionalmente en el recurso extraordinario de infracción procesal, sino un error de valoración jurídica, pues se refiere a cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de la intencionalidad de la entidad financiera al contratar, a fin de poder apreciar la existencia de dolo en su conducta.

Como consecuencia de lo cual, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

**Recurso de casación.**

**TERCERO.- Único motivo de casación. Dolo omisivo.**



1.- Banco Santander formuló un único motivo de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, en el que denuncia la infracción de los arts. 1.269 y 1.270-1 CC, en relación con la jurisprudencia para apreciar la concurrencia de dolo omisivo.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la resolución recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala sobre los requisitos para la apreciación del dolo omisivo, con cita de las sentencias núm. 129/2010, de 5 de mayo; 233/2009, de 26 de marzo; y 751/2006, de 19 de julio. Se aduce que no existe ninguna norma que obligue al banco a facilitar las previsiones sobre la evolución futura de los tipos de interés, ni resulta exigible conforme a la buena fe. La jurisprudencia requiere que la conducta dolosa sea grave, entendida como esencial, y que determine la voluntad de contratar. Mientras que la evolución futura de los tipos de interés constituye un elemento aleatorio, que no puede determinar la voluntad previa de contratar.

**CUARTO.-** *La jurisprudencia de esta Sala sobre el dolo omisivo en los contratos de swap.*

En la sentencia de esta Sala núm. 358/2016, de 1 de junio, hemos tratado la posibilidad de que un déficit de información en la contratación de un swap pueda constituir dolo omisivo por parte de la entidad financiera, que provoque la invalidez del consentimiento del cliente. Decíamos en ella:

«Conforme al art. 1269 CC, «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». La jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (recogida en la SSTS de 11 y 12 de junio de 2003).

»La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (sentencias 233/2009, de 26 de marzo; 289/2009, de 5 de mayo; 855/2009, de 30 de diciembre; 129/2010, de 5 de marzo; 658/2011, de 28 de septiembre). Esto es, para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio. Aunque no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo.

»En cualquier caso, el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro a contratar. Y es esta nota de malicia, que resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar, la que no se aprecia en este caso.

»Aunque en alguna ocasión hemos extendido el deber de información del art. 79 bis 3 LMV a los concretos riesgos que pudieran derivarse del coste de cancelación, y hemos llegado a apreciar el error en el consentimiento como consecuencia de este defecto de información, para la apreciación del dolo se requiere algo más. Es preciso que el silencio se haya empleado como medio de engaño para lograr el consentimiento del cliente, lo que no ha quedado acreditado en la instancia, y el recurso de casación no permite alterar la base fáctica. Al respecto, conviene no olvidar que, no sólo no constan circunstancias que puedan poner en evidencia la existencia del engaño, sino que la sentencia de apelación declara probado que los representantes de las sociedades demandantes «fueron informadas de los riesgos del producto» y «conocían lo que firmaban».

2.- A su vez, en otras resoluciones, como las sentencias núm. 692/2015, de 10 de diciembre, o 310/2016, de 11 de mayo, hemos dicho, en relación con el cumplimiento del deber de información que compete legalmente a la entidad financiera (básicamente, art. 79 bis LMV), que no se trata de que ésta 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. Del mismo modo, hemos afirmado también en tales resoluciones (y en las que en ellas se citan) que el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

3.- En su caso, la omisión de tales deberes de información sobre 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, podría dar lugar a un error vicio del consentimiento (sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15



de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, 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 ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; y 235/2016, de 8 de abril ). Pero no a una nulidad contractual por dolo omisivo.

**QUINTO.-** *Estimación del recurso de casación y asunción de la instancia. Consecuencias procesales.*

1.- Como quiera que la sentencia recurrida no se adecúa a la expuesta doctrina jurisprudencial, el recurso de casación ha de ser estimado, por lo que dicha resolución debe ser anulada, en cuanto que estima la nulidad por dolo omisivo, asumiendo la instancia este Tribunal.

2.- A su vez, como quiera que el recurso de casación sólo ha versado sobre la nulidad del contrato por dolo omisivo, han quedado firmes los pronunciamientos de segunda instancia relativos a la inexistencia de causa ilícita y de error vicio. En concreto, dice la Audiencia Provincial:

«[n]o podemos afirmar que la actora en reconvención fuese inducida, a consecuencia de una defectuosa información suministrada por el Banco con quien concertó el contrato objeto del litigio, a un error sobre la sustancia objeto del contrato, obteniendo así una falsa percepción sobre las características propias del producto, provocando en el cliente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, incurriendo así, en error sobre la esencia del contrato, de entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de acuerdo con lo establecido en los arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil .

»Por tanto, conociendo básicamente las partes las condiciones del contrato, y su carácter básicamente aleatorio, dada la inestabilidad del índice de referencia utilizado, realizando la demandada la operación en la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados, conociendo la demandante en reconvención "los trazos fundamentales de la reglamentación pactada", siendo "expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos", empleando los mismos términos que la Sentencia de nuestro Alto Tribunal 21/11/12 , no cabe estimar que proceda la anulación del contrato, por error en la prestación del consentimiento».

3.- Como consecuencia de ello, y dado que Nevauto, S.A. no ha recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto a los pronunciamientos relativos a la inexistencia de causa ilícita y de error vicio, que han quedado firmes, la demanda ha de ser estimada y la reconvención desestimada, dado que no ha prosperado ninguna de las causas por las que Nevauto instó la nulidad contractual: causa ilícita, error vicio y dolo omisivo, que no solo fundaban su pretensión reconvencional, sino también su oposición a la demanda.

**SEXTO.-** *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que deban imponerse a la recurrente las costas causadas por el mismo, de conformidad con lo ordenado por el art. 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación supone también la estimación del recurso de apelación, por lo que no cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de tales recursos, según determina el art. 398.2 LEC .

3.- A su vez, como la estimación de tales recursos implica la íntegra estimación de la demanda y la plena desestimación de la reconvención, las costas de primera instancia deben imponerse a Nevauto, S.A., según previene el art. 394.1 LEC .

4.- Proceda acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ . Mientras que ha de perderse el constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal, a tenor del apartado 9 de la misma disposición.

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2013, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, en el recurso de apelación núm. 21/2013 . 2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra dicha sentencia. 3.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A., contra la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Granada , en el juicio ordinario núm. 335/2011, que se revoca y deja sin efecto. 4.º- Estimar la demanda formulada por Banco



Santander, S.A. (antes, Banco Español de Crédito, S.A.) contra Nevauto, S.A., y desestimar la reconvencción formulada por ésta, y en su virtud, condenar a Nevauto, S.A., a que abone a Banco Santander, S.A., la suma de 149.852,62 €, más los intereses de demora de dicha suma al tipo pactado del 7,2650% anual desde el día 8 de noviembre de 2010, así como al pago de las costas, tanto de la demanda, como de la reconvencción. **5.º**- Imponer a Banco Santander, S.A. las costas del recurso extraordinario de infracción procesal. **6.º**- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de casación y apelación. **7.º**- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación. Y la pérdida del efectuado para el recurso extraordinario de infracción procesal. 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