



Roj: **STS 120/2017 - ECLI:ES:TS:2017:120**

Id Cendoj: **28079110012017100028**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2017**

Nº de Recurso: **2048/2013**

Nº de Resolución: **24/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2732/2013,**  
**STS 120/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 18 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.<sup>a</sup>, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Dos Hermanas. El recurso fue interpuesto por la entidad Olives & Food Machinery S.L., representada por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada. 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. El procurador Manuel Varela Díaz, en nombre y representación de la entidad Olives & Foods Machinery S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Dos Hermanas, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se estime íntegramente la presente demanda y se:

(i) Decrete la nulidad de los contratos de derivado financiero suscritos entre mi mandante y Banco Santander:

a. Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (Swap Bonificado Reversible Media) de fecha 24/05/2007.

b. Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (Opción de Tipo interés Collar) de fecha 7/05/2008.

c. Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (Swap Tipo Fijo escalonado) de fecha 24/07/09.

(ii) Y se condene a la entidad demandada a abonar a mi mandante la cantidad resultante de la liquidación y restitución recíproca de las cantidades adeudadas y abonos realizados que hasta la fecha de interposición de la demanda arrojaba un saldo a favor de Banco Santander de 252.963,56 ?.

(iii) Condene a Banco Santander al pago de los intereses legales de la suma que se determine suma desde la fecha del emplazamiento y hasta su cumplido pago, y

(iv) Condene a Banco Santander al pago de las costas que se causaren en este procedimiento».

2. La procuradora Reyes Arévalo Espejo, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:



«desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Dos Hermanas dictó sentencia con fecha 25 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimar la demanda interpuesta por Olives & Foods Machinery S.L. contra Banco Santander S.A., declarando la nulidad de la operación de permuta financiera de tipos de interés (swap bonificado reversible media) de fecha 24 de mayo de 2007, la operación de permuta financiera de tipos de interés (opción de tipo interés collar) de fecha 7 de mayo de 2008, y la operación de permuta financiera de tipos de interés (swap tipo fijo escalonado) de fecha 24 de julio de 2009, y condenando a Banco Santander S.A. a abonar a Olives & Foods Machinery S.L. la cantidad de 252.963,56 euros, más el interés legal desde la fecha del emplazamiento de la demandada (el 7 de diciembre de 2011), y hasta esta sentencia, a partir de la cual y hasta el pago se devengará el interés del artículo 576 LEC; sin condena en costas a ninguna de las partes».

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Banco Santander S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante sentencia de 17 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Dos Hermanas en el Juicio Ordinario número 912/2011 con fecha 25 de julio de 2012, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar desestimar íntegramente la demanda formulada por la mercantil Olives y Food Machinery S.L. contra la entidad Banco de Santander S.A., a la que se absuelve de las peticiones deducidas de contrario, con imposición a la demandante de las costas causadas en primera instancia, todo ello sin hacer condena en las costas causadas en esta alzada».

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

1. El procurador Manuel Lorenzo Varela Díaz, en representación de la entidad Olives & Food Machinery S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con los arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores.

2º) Infracción por interpretación errónea del art. 1265 y 1266 del Código Civil y jurisprudencia contenida en la sentencia de 21 de noviembre de 2012».

2. Por diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8ª, 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, comparecen como parte recurrente la entidad Olives & Food Machinery S.L., representada por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Olives & Food Machinery, S.L. contra la sentencia dictada con fecha 17 de junio de 2013 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Octava), en el rollo de apelación n.º 9545/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 912/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Dos Hermanas».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander 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 30 de noviembre de 2016, 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 24 de mayo de 2007, Olives & Foods Machinery, S.L. (en adelante (OFM) concertó con Banco Santander un préstamo hipotecario.

Ese mismo día, ambas partes firmaron un CMOF y un contrato de permuta financiera de tipos de interés. Este swap se constituyó sobre un nocional de 1.500.000 euros, comenzaba el 4 de junio de 2007 y vencía el 4 de junio de 2009.

El 7 de mayo de 2008, se canceló ese primer swap, con un coste para el cliente de 52.995,96 euros, y fue sustituido por otra operación de permuta financiera de tipos de interés, sobre un nocional de 1.500.000 euros, que comenzaba el 12 de mayo de 2008 y vencía el 12 de mayo de 2011.

El 22 de mayo de 2009 se novó el préstamo hipotecario, que conllevaba una modificación del tipo de interés y del calendario de amortización, mediante 180 cuotas mensuales, la última de las cuales debía abonarse el 22 de mayo de 2024.

El 24 de julio de 2009 se canceló anticipadamente el swap de 7 de mayo de 2008, con un coste para el cliente de 17.001 euros, y fue sustituido por otra operación de permuta financiera de tipos de interés, que comenzaba el 28 de julio de 2009 y vencía el 28 de julio de 2013.

En noviembre de 2011, el cliente había percibido unas liquidaciones a su favor de 96.194,87 euros; mientras que había sufrido unas liquidaciones en su contra de 349.158,43 euros.

2. El 27 de noviembre de 2011, OFM presentó una demanda en la que solicitaba la nulidad por error vicio de los tres contratos de permuta financiera, y la restitución recíproca de las liquidaciones y prestaciones realizadas en el curso de estos contratos.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció error en el consentimiento y ordenó la restitución recíproca de prestaciones.

3. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido error vicio en el consentimiento prestado para la contratación de los tres swaps. La *ratio decidendi* se halla contenida en el siguiente razonamiento:

«Cierto es que la normativa contenida en la Ley del Mercado de Valores y la normativa bancaria, según lo dispuesto en el artículo 48.2.a. de la ley 26/1988, de 29 julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, al tratarse de un producto financiero complejo, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 79.bis.8.a, en relación al 2.2, ambos de la primera ley citada, exigen que se facilite al contratante una información suficiente acerca de la naturaleza y consecuencias que puedan derivarse de los contratos cuya suscripción se ofrece. Examinada la información ofrecida a la entidad actora, ha de concluirse que la información facilitada resultaba suficiente para que la actora al contratar este producto supiera las consecuencias negativas que del mismo podrían derivarse, ello por cuanto se facilitó información detallada por parte del director de la oficina bancaria al administrador de la sociedad, según ha quedado acreditado mediante la declaración testifical de este en el acto del juicio, declaración que merece a esta sala una valoración distinta a la que efectúa el juez a quo, tras el visionado del juicio y en uso de las facultades que tiene este tribunal para valorar la prueba. El testigo declara con contundencia y firmeza haber facilitado la información, lo que además concuerda con los anexos de cada uno de los contratos, anexos que aparecen firmados por la representación de la entidad demandante en los cuales se establece una clara e inteligible explicación acerca de cuales pudieran ser los escenarios de los contratos en relación con las posibles subidas o bajadas del Euríbor, los cuales con una mera lectura y a una persona que desarrolla su labor como empresario eran fácilmente comprensibles. Suponiendo que tales anexos no hubieran sido leídos por sus firmantes, ello no sería reprochable a la entidad bancaria sino a éstos, que no hubieran realizado su actuación con la diligencia debida no ya a un buen comerciante, tal y como exige la legislación mercantil, sino tan siquiera a la de un buen padre de familia. También resulta significativo a la hora de acreditar que se tuvo conocimiento de qué se contrataba en cada uno de los casos y que consecuencias podrían llevar aparejadas las oscilaciones de los tipos de interés, que era de lo que se trataba de proteger la empresa contratante, fuertemente endeudada, el hecho de que durante la vigencia de alguno de los contratos recibió importantes cantidades por encontrarse el Euríbor por encima de la zona denominada neutra, no resultando creíbles las manifestaciones del administrador en el interrogatorio de parte acerca de que no tuvo conocimiento de esta circunstancia, cuando seguidamente reconoce que si fue informado por la responsable de la contabilidad en la empresa de las cantidades que hubo de abonar al variar las circunstancias del mercado de tipos de interés, situándose a la baja.

»Pero es más, resulta igualmente determinante a la hora de entender que si medió consentimiento el hecho de que se suscribieran contratos sucesivos (hasta tres), sabiendo como sabía desde la cancelación del primero lo aleatorio de los mismos y los costes de cancelación que hubo de abonar, por lo que no puede alegar ahora desconocimiento acerca de los productos contratados y sus consecuencias.



»Por tanto, puesta en relación la doctrina jurisprudencial expuesta con los datos fácticos analizados en este fundamento de derecho, ha de concluirse la inexistencia de vicio alguno en el consentimiento prestado por los administradores de la empresa y menos aún que ese error fuera relevante, dado que lo único que pudiera pensarse es que desconocían cuales fueran las tendencias del mercado de tipos de interés, algo que tampoco consta conociera la entidad financiera, que de hecho durante algún tiempo soportó las consecuencias de las subidas del Euríbor, sino que además en todo caso era inexcusable, pues la mera lectura de los anexos de cada uno de los contratos permitía, como hemos afirmado, conocer cuales fueran sus consecuencias».

4. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en dos motivos.

El banco recurrido, en su escrito de oposición, alegó la concurrencia de causas de inadmisión, que por no ser relativas y afectar a cada uno de los motivos, serán analizadas al resolver sobre cada uno de ellos.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *For mulación de ambos motivo primero* . El *motivo primero* se formula con el siguiente tenor literal: «infracción por interpretación errónea de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores , el resto de la normativa aplicable y la jurisprudencia que los interpreta. Deber de información, error en el consentimiento».

En el desarrollo del motivo se argumenta por qué la sentencia habría infringido la normativa mencionada al no apreciar que la información suministrada era insuficiente para cumplir con las exigencias legales y que la demandante desconocía los riesgos que derivaban del producto contratado. De tal forma que debía haberse apreciado el error, que por afectar a elementos esenciales del contrato y resultar excusable justificaba la nulidad por vicio en el consentimiento.

El *motivo segundo* se formula con el siguiente tenor literal: «error en la valoración de la prueba. Interpretación errónea de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de fecha 21/11/2012 . Existencia de error en el consentimiento».

En el desarrollo del motivo se vuelven a mezclar valoraciones fácticas y jurídicas, y se razona que «la información proporcionada por Banco Santander resultó defectuosa e incompleta, porque no se informó sobre las características de las permutas».

Procede desestimar ambos motivos, por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del recurso* . Al margen de las referencias que en el desarrollo del motivo se hace a la prueba practicada, advertimos que, en cualquier caso, y por lo que ahora interesa, se cuestiona la valoración jurídica que supone la suficiencia de la información suministrada al cliente antes de suscribir los tres contratos de permuta financiera. Por esta razón y sin perjuicio de que nos ciñamos a este extremo, es posible analizar el motivo y no desestimarlo por improcedencia de su admisión como pide la parte recurrida.

La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a tres contratos sucesivos de swap, también denominados de permuta financiera de tipos de interés. El primero se firmó el 24 de mayo de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV. El segundo contrato se concertó el 7 de mayo de 2008 y el tercero 24 de julio de 2009, en ambos casos cuando ya estaba en vigor esta normativa MiFID.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), 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 (OFM) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia concluye que la información suministrada cumplía con estas exigencias en atención a que el empleado del banco manifestó con contundencia y firmeza que «se le facilitó información detallada por parte del director de la oficina al administrador de la sociedad -cliente-», y por los anexos de cada uno de los contratos, que aparecen firmados por el representante de la demandante. Según la sentencia recurrida, en estos anexos «se establece una clara e inteligible explicación acerca de cuáles (...) pudieran ser los escenarios de los contratos en relación con las posibles subidas o bajadas del Euribor, los cuales con la mera lectura y a una persona que desarrolla su labor como empresario eran fácilmente comprensibles».

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa pre-MiFID y MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados que no pueden ser alterados: el director de la oficina del Banco Santander facilitó al administrador de la sociedad demandante una información detallada sobre el producto, además de la existencia de una explicación en los anexos de cada uno de los contratos.

Como hemos recordado en numerosas ocasiones, no hubiera bastado la simple entrega de las copias del contrato con sus anexos, donde se encontraban unos escenarios. En este sentido las afirmaciones de la Audiencia sobre la diligencia en la lectura de los anexos no serían apropiadas, si no fuera porque, en este caso, también se deja constancia de que hubo una explicación dada por el empleado del banco, que se apoyó en los reseñados anexos.

A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica. Sin perjuicio de que, además, en este concreto caso, las cancelaciones y el pago de los consiguientes costes, que eran bastante significativos, sobre todo el primero, sí muestran que el cliente podía ser consciente del coste que suponía la cancelación anticipada.

Así como en otros casos la concatenación sucesiva de contratos no constituye indicio de que el cliente conociera el producto y sus riesgos, sino que, por el tiempo en que se produjo la contratación y las circunstancias que concurrían, muestra más bien que se trataba de una huida hacia adelante, presidida por el desconocimiento, no ocurre lo mismo en el presente supuesto. Las condiciones en que se renovaron sucesivamente los dos primeros swap y, sobre todo, el coste de cancelación del primero, ponen en evidencia que los representantes de la compañía estaban informados sobre el producto y sus concretos riesgos.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan en error vicio, razón por la cual se desestiman los dos motivos de casación.

### **TERCERO. Costas**

Aunque hemos desestimado el recurso de casación, no imponemos las costas al recurrente, en atención a las dudas que genera la distinción entre los meros hechos relacionados con el cumplimiento de los deberes de información y la valoración jurídica que encierra el enjuiciamiento sobre dicho cumplimiento.

### **FALLO**

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

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Olives & Foods Machinery, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 8ª) de 17 de junio de 2013 (rollo núm. 9545/2012 ), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Dos Hermanas de 25 de julio de 2012 (juicio ordinario 912/2011). 2º No hacer expresa condena en costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.