



Roj: **STS 548/2017 - ECLI:ES:TS:2017:548**

Id Cendoj: **28079110012017100097**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **2569/2013**

Nº de Resolución: **99/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 556/2013,**
STS 548/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Hook & Eve Inversiones S.L., representada por la procuradora D.^a Isabel Juliá Corujo y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Ruíz del Cerro, contra la sentencia núm. 295/2013, de 7 de octubre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 3260/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 422/2012, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Donostia-San Sebastián. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Juan Carlos Fernández Sánchez, en nombre y representación de Hook & Eve Inversiones S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se DECLARE:

»A) La nulidad, por error en el consentimiento de los siguientes Contratos:

- Contrato denominado "Confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 03/06/2009, con vencimiento el 08/06/2012, por Importe Nominal de 362.000 euros y con Código de Identificación a efectos del Banco: 1407213.21.

- Contrato denominado "Confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 20/11/2008, con fecha de vencimiento 25/11/2013 y nominal de 2.190.000 euros, con Código de Identificación a efectos del Banco: 107820.21.

»B) Se establezca la obligación de las partes de restituirse recíprocamente todas y cada una de las prestaciones que se hubieren efectuado como consecuencia de cada uno de los contratos declarados nulos. Y en consecuencia, dadas las liquidaciones practicadas hasta la fecha de interposición de la demanda, se declare -sin perjuicio de las posteriores liquidaciones que puedan practicarse- la obligación del Banco Santander efectuar los siguientes abonos a Hook Eve Inversiones S.L.:



- Por el contrato-Swap de tipos de interés de 03/06/2009, por las liquidaciones practicadas hasta el 08/03/2012, la cantidad de 24.228,70 euros.
 - Por el contrato-Swap de tipos de interés de 20/11/2008, por las liquidaciones practicadas hasta el 24/02/2012, la cantidad de 139.868 euros.
- »C) Se establezca la obligación de las partes de restituirse recíprocamente todas y cada una de las liquidaciones que se hubieren efectuado como consecuencia de cada uno de los contratos declarados nulos, con posterioridad a las fechas señaladas en el apartado anterior y que no esté incluida en la relación de abonos relacionada en el hecho CUARTO de la demanda.
- »D) Se establezca que la obligación de restituirse las liquidaciones, incluya el pago de los intereses legales de dichas cantidades, desde la fecha de su cargo en cuenta.
- »E) Se impongan expresamente las costas del presente procedimiento a la parte demandada.
- »Y por último, y subsidiariamente a todos los anteriores pedimentos, y para el supuesto de que SS^a considerara que los contratos de permuta financiera o "SWAP" son válidos, deberá aplicarse la doctrina de la "cláusula rebus sic stantibus", tenga por instada la resolución unilateral de los contratos, de tal modo que se entiendan resueltos los mismos, sin coste alguno para mi mandante, o en su caso se modifiquen de tal manera que la actora deba abonar a la entidad financiera demandada, la cantidad que SS^a estime oportuna y que esta parte entiende que no debería superar más del 0,5% del nominal de cada contrato, es decir dicho porcentaje de 0,5% aplicado al importe nominal de cada contrato -que es de 362.000 euros y 2.190.000 euros- lo que resulta la cifra de 12.760 euros, ordenando en tal caso, que el Banco Santander proceda a devolver el saldo resultante de la diferencia entre lo abonado hasta entonces por Hook Eve Inversiones S.L. y la cantidad que se establezca en sentencia».
- 2.-** La demanda fue presentada el 17 de abril de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Donostia-San Sebastián y fue registrada con el núm. 422/2012. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.
- 3.-** La procuradora D.^a Ana María Lamsfus Mindeguia, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:
- «[...]dicte sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de la totalidad de las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».
- 4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Donostia-San Sebastián dictó sentencia núm. 78/2013, de 27 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:
- «FALLO: Estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. FERNÁNDEZ en nombre y representación de HOOK EVE INVERSIONES S.L. contra BANCO SANTANDER S.A, debo : A) Declarar y declaro la nulidad, por error en el consentimiento, de los siguientes contratos: "Confirmación de permuta financiera de tipos de interés" de fecha 03/06/2009, con vencimiento el 08/06/2012, por importe nominal de 362.000 euros y con código de identificación a efectos del Banco 1407213.21; "Confirmación de permuta financiera de tipos de interés" de fecha 20/11/2008, con vencimiento el 25/11/2013, nominal de 2.190.000 euros y con código de identificación a efectos del Banco 107820.21: B) Establecer y establezco la obligación de las partes de restituirse recíprocamente todas y cada una de las prestaciones que se hubieran efectuado como consecuencia de cada uno de los contratos declarados nulos. Y, en consecuencia, dadas las liquidaciones practicadas hasta la fecha de interposición de la demanda, se declara -sin perjuicio de ulteriores liquidaciones que puedan practicarse- la obligación del BS de efectuar los siguientes abonos a HOOK EVE INVERSIONES S.L.: por el contrato-swap de tipos de interés de 03/06/2009, por las liquidaciones practicadas hasta el 08/03/2012, la cantidad de 24.228,70 euros; por el contrato-swap de tipos de interés de 20/11/2008, por las liquidaciones practicadas hasta el 24/02/2012, la cantidad de 139.868 euros; C) Establecer y establezco la obligación de las partes de restituirse recíprocamente todas y cada una de las liquidaciones que se hubieren efectuado como consecuencia de cada uno de los contratos declarados nulos, con posterioridad a las fechas señaladas en el apartado anterior y que no esté incluida en la relación de abonos del hecho cuarto de la demanda; D) Establecer y establezco que la obligación de restituirse las liquidaciones incluya el pago de los intereses legales de dichas cantidades desde el 17 de abril de 2012, respecto de la deuda líquida. Respecto a las sumas que, en su caso, pudieran liquidarse con posterioridad, se estará a la fecha en que se aprueben definitivamente, calculándose conforme al interés legal procedente; E) Se imponen expresamente las costas del presente procedimiento a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 3260/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 7 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER SA contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Donostia-San Sebastián en el Juicio Ordinario número 422/2012 y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida en el sentido siguiente:

»Desestimamos los pedimentos, principal y subsidiario, articulados en el SUPPLICO del escrito de demanda a instancia de HOOK EVE INVERSIONES SL contra BANCO SANTANDER S.A.

»No procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas procesales generadas en la alzada.

»Procede la imposición a la parte demandante de las costas procesales generadas en la instancia.

»Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

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

1.- El procurador D. Juan Carlos Fernández Sánchez, en representación de Hook Eve Inversiones S.L., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del artículo 477.2.3º, por infracción del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , al considerar la sentencia recurrida cumplidos los deberes de información contenidos en ese artículo y considerar en consecuencia, la inexistencia de un error vicio del consentimiento. Todo ello, en relación con los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil ».

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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se 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 Hook & Eve Inversiones, S.L. contra la Sentencia dictada el 7 de octubre de 2013 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª) en el rollo nº 3260/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 422/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Sebastián».

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 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 2 de marzo de 2007, la compañía mercantil Hooke & Eve Inversiones S.L. concertó con Banco Santander S.A. un contrato de préstamo, por importe de 430.000 €, con vencimiento el 2 de marzo de 2015, a un interés variable del Euribor más 1,25%.

2.- El 23 de marzo de 2007, se suscribió entre las mismas partes un contrato swap de interés fijo, con fecha de vencimiento 2 de septiembre de 2007, con un importe nominal de 362.000 €. Esta operación se canceló por acuerdo de las partes y no es objeto de litigio.

3.- El 20 de noviembre de 2008, las mismas partes concertaron otro contrato de permuta de interés, con vencimiento el 25 de noviembre de 2013 y nominal de 2.190.000 €.

4.- El 3 de junio de 2009 se suscribió un tercer contrato de swap de interés, con vencimiento el 8 de junio de 2012 y nominal de 362.000 €.

5.- En la ejecución de los dos últimos contratos, se giraron liquidaciones negativas para el cliente por importe de 24.228,70 € y 139.868 €, respectivamente.



6.- Hooke & Eve Inversiones S.L. formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad del segundo y tercer contratos de swap antes mencionados, por vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones; y subsidiariamente, su resolución. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) El banco no cumplió el deber informativo exigido legalmente para que el cliente conociera el objeto y contenido del contrato, así como sobre sus consecuencias económicas; (ii) No consta que los productos fueran adecuados para el perfil inversor del cliente; (iii) Existe un gran desequilibrio en la posición contractual de las partes, sobre todo en cuanto al conocimiento de la fluctuación de los tipos de interés; (iv) No se informó ni sobre los riesgos de las operaciones, ni sobre el gravísimo riesgo derivado de los costes de cancelación; (v) Aunque el administrador de la sociedad sea notario, ello no implica que tenga que tener conocimiento de los riesgos propios de estos productos financieros complejos, cuando no se le ha ofrecido la información exigida legalmente; (vi) Hubo, por tanto, error excusable en el consentimiento. En su virtud, estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos litigiosos y ordenó la restitución de las prestaciones.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La cualificación profesional del administrador de la demandante supone que esté especialmente preparado para la comprensión de contratos bancarios; (ii) Además, está habituado a tratar profesionalmente con entidades bancarias; (iii) En el interrogatorio de parte se puso de manifiesto que conocía el riesgo contractual asumido, en los siguientes términos: «si los tipos de interés suben por encima de un determinado nivel esto quiere decir que el banco le va a liquidar unas determinadas cantidades por la diferencia, si los tipos de interés bajan por debajo de un determinado nivel entiendo que yo voy a tener que pagar esa diferencia»; (iv) Hubo negociaciones previas en las que el Sr. Juan Enrique intervino activamente para decidir qué productos reestructurar y qué nocionales establecer; (v) Como consecuencia de lo anterior, no cabe considerar que contratara con error en el consentimiento; (vi) No puede aplicarse la cláusula *rebus sic stantibus* a un producto que, por definición, es aleatorio y depende de la fluctuación de un elemento económico. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso.*

1.- Hooke & Eeve Inversiones interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en un único motivo, por infracción del art. 79 bis LMV, en relación con los arts. 1265 y 1266 CC.

En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial no ha tenido en consideración el incumplimiento de los deberes legales de información sobre productos financieros complejos, ni la obligación de ofrecer previsiones acerca de la fluctuación futura del índice variable de referencia del contrato. Ni la incidencia que ello ha tenido en la prestación errónea del consentimiento.

2.- La parte recurrida se opone a la admisión del recurso de casación, al afirmar que se pretende una revisión de la base fáctica de la sentencia, que no existe interés casacional y que se citan normas legales genéricas y heterogéneas. Tal oposición no puede ser atendida, porque el motivo de casación supera los requisitos para su admisibilidad, por las siguientes razones: (i) No se altera la base fáctica de la sentencia, únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos; (ii) Se identifican correctamente los preceptos legales que atañen directamente al caso y se consideran infringidos; (iii) Se invocan diversas sentencias de Audiencias Provinciales que, ciertamente, pueden resultar contradictorias entre sí y con la que es objeto de recurso. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

TERCERO.- *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.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, 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.

2.- 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 (que ya estaba en vigor cuando se firmó el contrato litigioso y sustituyó al 629/1993, invocado en el recurso), 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.

CUARTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las 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 ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; y 595/2016, de 5 de octubre).

2.- En este caso, la Audiencia Provincial no ignora la exigencia de la obligación legal de informar, pero considera que ello no permite por sí mismo presumir que el administrador de la recurrente no estuviera informado de los riesgos de los productos financieros contratados. Por el contrario, considera que, en atención a la prueba practicada y a sus propias manifestaciones en la prueba de interrogatorio de parte, estaba perfectamente enterado de la mecánica y riesgos de los contratos. Conclusión probatoria que no podemos alterar y que determina la valoración jurídica relativa a que, aunque la información ofrecida por la entidad de servicios de inversión no fue la exigida legalmente, no hubo error en el consentimiento, en los términos de los arts. 1265 y 1266 CC , porque el administrador de la recurrente era consciente de los riesgos contractuales asumidos.

Es decir, la sentencia recurrida concluye que no ha existido error, pero no porque haya quedado acreditado que en este caso concreto el banco hubiera cumplido con los deberes que le imponía la normativa MiFID, sino porque entiende que el administrador social conocía y comprendía las características del producto y los riesgos que conllevaba. Como dijimos en la sentencia 32/2017, de 19 de enero , la presunción de que el incumplimiento del deber de información conlleva la contratación del producto financiero con error vicio, no impide que pueda demostrarse que, a pesar de no haber quedado acreditado el cumplimiento de los deberes de información, el cliente prestó su consentimiento con conocimiento de las características de la operación y los concretos riesgos que asumía.

3.- Esta circunstancia, que quien prestó el consentimiento por Hooke & Eve Inversiones, conocía las características del producto y los concretos riesgos que conllevaba, es un hecho que se declara probado en la sentencia recurrida, y sobre ese hecho se lleva a cabo la valoración jurídica de que no hubo error vicio del consentimiento. Sin que sea posible ahora, en casación, que no es una tercera instancia, realizar una nueva valoración de la prueba.

4.- Como consecuencia de ello, no cabe considerar que se hayan producido las infracciones legales denunciadas. Por lo que debe desestimarse el recurso de casación.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- Deben imponerse a la parte recurrente las costas generadas por el recurso de casación que ha sido íntegramente desestimado, según determina el art. 398.1 LEC .



2.- Asimismo, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su interposición, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

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 de casación interpuesto por Hook & Eeve Inversiones S.L. contra la sentencia núm. 295/2013, de 7 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 3260/2013 . 2.º- Condenar a Hook & Eeve Inversiones S.L. al pago de las costas causadas por el recurso de casación y a la pérdida del depósito constituido para su interposición. 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 CENDO