



Roj: **STS 898/2017 - ECLI:ES:TS:2017:898**

Id Cendoj: **28079110012017100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **1357/2013**

Nº de Resolución: **159/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3465/2013,**
STS 898/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 265/2012 por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 488/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Mollet del Vallés, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Ricard Simó Pascual en nombre y representación de la mercantil Rapu S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en calidad de recurrente y el procurador don Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de Banco Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don David Molina Raya, en nombre y representación de la mercantil Rapu S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Juan Ignacio Navas Marqués contra Banco Santander Central Hispano S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

« Se declare la nulidad del referido contrato marco y confirmaciones citados condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas como consecuencia de las confirmaciones cuya nulidad se postula así como las cobradas en concepto de cancelación anticipada, con indemnidad del derecho de la demandada que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia de las mencionadas confirmaciones, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de cobro, que se verá incrementado en dos puntos desde la sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO .- El procurador don Ramón Daví Navarro, en nombre y representación de Banco Santander S.A. (antes Banco Santander Central Hispano S.A.), y asistido del letrado don José María Vallbona Zubizarreta contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».



TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Mollet del Vallés, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimo la demanda interpuesta por don David Molina Raya en nombre y representación de Rapu S.A., contra Banco Santander Central Hispano S.A., debiendo abonar Rapu S.A., las costas del presente procedimiento.

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 3 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por la demandante Rapu S.A., se confirma la sentencia de 15 de diciembre de 2011 dictada en los autos n.º 488/10 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Mollet del Vallés, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, la representación procesal de Rapu S.A. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC por infracción de los artículos 78 bis , 79 , 79 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y de los artículos 60 a 64 y 72 y ss. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión al considerar que la sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre dicha normativa. Segundo.- Artículo 477.2.3.º LEC , por infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1104 del Código Civil , al considerar que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2016 se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto y la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), así como la de las sucesivas confirmaciones de permutas financieras de tipos de interés (swaps). El contrato marco de operaciones fue anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, y las sucesivas confirmaciones posteriores a la incorporación de la misma.

2. En síntesis, por la entidad Rapu S.A., empresa dedicada a la fabricación, transformación y comercialización de productos informáticos, se ejercitó contra el Banco Santander Central Hispano (en la actualidad Banco Santander) una acción de nulidad de error vicio en el consentimiento prestado en una serie de contratos. En concreto, en relación con el contrato marco de operaciones financieras (CMOF) de fecha 20 de diciembre de 2004, las dos confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés (swap bonificado) de 27 de mayo de 2008, la confirmación de un swap ligado a la inflación de 30 de julio de 2008 y la confirmación de una permuta financiera de tipos de interés (swap tipo fijo escalonado) de 5 agosto de 2009.

La demandada se opuso. Alegó que el cliente recibió una información suficiente sobre los productos ofertados, así como sobre los riesgos y efectos de los mismos. Que se celebraron diversas reuniones informativas, se practicaron los test de conveniencia y que el clausulado de los productos financieros era claro y transparente. Además de que el cliente contaba con experiencia previa en el mercado de estos productos de riesgo.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Señaló que la empresa manejaba un volumen de capital importante y que operaba con siete entidades bancarias. Que contaba con experiencia previa en productos financieros similares, incluida la contratación con la entidad bancaria de un producto financiero vinculado al precio del barril de petróleo, considerado como inversión de alto riesgo. De la prueba practicada resaltó que la contratación de estos productos financieros no fue automática, sino fruto de diversas reuniones previas en donde una empleada de la entidad bancaria, especialista en este tipo de contratos, les asesoró explicando la totalidad del producto ofertado existiendo una información veraz, clara y transparente sobre su configuración y sobre su cancelación.



4. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Tras la cita de la sentencia de esta sala 683/2012, de 21 de noviembre, de la prueba practicada destacó los siguientes hechos y valoraciones:

«[...]1°.- que la demandante Rapu S.A. es una sociedad mercantil, que pertenece a un grupo de sociedades; con sesenta y cinco empleados en el año 2008; con un volumen de ventas de 7.097.633 €, según el balance del ejercicio del año 2008: que operaba habitualmente con siete bancos distintos para obtener financiación para su actividad económica; y que, en alguna ocasión, ha participado en operaciones financieras especulativas ligadas al precio del petróleo.

»2°.- que, antes de la celebración de los contratos de permuta financiera de tipo de interés ("Swap flotante bonificado"), de 27 de mayo de 2008, las partes ya habían concertado un contrato de permuta financiera, de 20 de diciembre de 2004, por un importe nominal de 2.000.000 €, y una duración de 27 de diciembre de 2004 a 27 de diciembre de 2006 y otro contrato de permuta financiera, de 31 de mayo de 2005, por un importe nominal de 2.000.000 €, y una duración de 27 de diciembre de 2005 a 27 de diciembre de 2007 que se consumaron sin objeción alguna de la demandante.

»3°.- que, antes de la celebración de los contratos de permuta financiera de tipo de interés ("Swap flotante bonificado"), de 27 de mayo de 2008 (docs. 1 y 2 de la demanda), las partes ya habían concertado un contrato de permuta financiera, de 7 de marzo de 2007, por un importe nominal de 2.000.000 (doc 12 de la contestación), que se canceló por acuerdo de las partes inserto en el contrato de permuta financiera de 27 de mayo de 2008 (doc 2 de la demanda), con una liquidación que arrojó un saldo favorable a la demandante de + 2.957,37 €, sin que tampoco por la actora se hiciera objeción alguna a este contrato al tiempo de su liquidación.

»4°.- que, cuando se concertó el contrato de permuta financiera de 5 de agosto de 2009, con una duración hasta el 7 de agosto de 2014 (doc 7 de la demanda), la demandante ya conocía el riesgo de que el saldo de la liquidación le fuera perjudicial, ya que en el mismo contrato se acordó la cancelación del contrato de permuta financiera de 27 de mayo de 2008 (doc 2 de la demanda), con una liquidación que arrojó un saldo desfavorable para la demandante de - 38.560.

»5°.- que, antes de concertar los contratos, las partes celebraban una reunión en el domicilio de la demandante, con la presencia de varios socios de la demandante, y el director de la sucursal del banco en cada momento, o en la oficina de la demandada con la especialista del banco, Sra. Felicísima, reuniones en las que también intervenía el empleado del banco, D. Carlos Daniel, que era persona de la confianza de la demandante, ofreciéndose en las referidas reuniones a los clientes una explicación suficiente del producto, concediéndose a continuación un tiempo al cliente para asesorarse, procediéndose días después a la firma de los contratos en la oficina del banco.

»6°.- que los contratos se concertaron en el marco de una relación comercial anterior entre las partes, iniciada años atrás, no habiendo constancia de la vinculación de los contratos de gestión de riesgos financieros a una concreta operación de crédito».

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario infracción procesal y recurso de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal ha resultado inadmitido. El recurso de casación ha resultado admitido.

6. Con carácter previo al examen del recurso de casación procede desestimar las causas de inadmisibilidad del recurso formulado por la parte recurrida. La recurrente sí que justifica el interés casacional que ampara la formulación del recurso de casación, como pone en evidencia el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala a raíz de las sentencias posteriores que se apartan de la sentencia de 21 de noviembre de 2012. En esta línea, y pese a que la técnica del recurso pudiera ser mejorable, la recurrente identifica correctamente las infracciones denunciadas con arreglo a las cuestiones sustantivas planteadas que también resultan suficientemente identificadas, esto es, el error vicio en el consentimiento prestado y el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria. Por su parte, la posible relevancia de la alegación referida al planteamiento de cuestiones procesales de valoración de la prueba queda circunscrita al examen de los motivos del recurso.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y sucesivas confirmaciones de permutas financieras (SWAPS) posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español. Obligaciones y deberes de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.



En el primer motivo, denuncia la infracción de los artículos 78 bis , 79 , 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , y la de los artículos 60 , 64 y 72 y ss. del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión .

En el motivo segundo, denuncia la infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1104 del Código Civil . Argumenta, en síntesis, el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria y el error vicio sufrido en el consentimiento prestado. Particularmente con relación a no haber adaptado la información con arreglo a la calificación del cliente como minorista, no haber facilitado documentación o folletos informativos con carácter previo y a no haber ofrecido información relativa a los cálculos de las liquidaciones, del precio de cancelación y evaluación de los tipos de interés.

2. Dada la conexión de los motivos formulados con la *ratio decidendi* del presente caso, se procede al examen conjunto de los mismos.

3. Los motivos deben ser desestimados.

Sobre las obligaciones de información tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores para incorporarla a Directiva MiFID, esta sala en su sentencia 690/2016, de 23 de noviembre , tiene declarado:

«[...]Tras la reforma legal de 2007, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios 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.

»Como afirmamos en la sentencia 1454/2015, de 3 de febrero , el test de idoneidad opera, cuando sea de aplicación la normativa MiFID, en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan». STS 677/2016, de 16 de noviembre .

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

En esta línea, con relación al concreto deber de información también hemos declarado, con arreglo a la sentencia 676/2016, de 16 de noviembre , lo siguiente:

«[...] 3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 84012013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre



lo obvio, esto es, que como se establece como limite a la aplicación del tipo fijo un referencia! variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Bankinter 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».

4. - La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

En el presente caso, debe destacarse que la fundamentación o valoración jurídica que la sentencia recurrida realiza sobre el fondo del asunto se ajusta a una base fáctica que no puede ser objeto de contradicción en este recurso de casación. Esto es, que de las previas reuniones informativas que precedieron a la contratación de estos productos financieros la sentencia recurrida considera acreditado que el cliente recibió una información «veraz, clara y transparente», con información esencial y comprensible sobre la configuración del producto y su coste de cancelación. Además de considerar que por sus características y experiencia era capaz de comprender la información que se le suministraba.

TERCERO.- Costas y depósito.

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Rapu S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 3 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, en el rollo de apelación núm. 265/2012 . 2. Hacer expresa imposición de costas del recurso de casación a la parte recurrente. 3. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**