



Roj: **STS 987/2017 - ECLI:ES:TS:2017:987**

Id Cendoj: **28079110012017100186**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2017**

Nº de Recurso: **2060/2013**

Nº de Resolución: **192/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2657/2013,**
STS 987/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 16 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. 856/2011 por la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 776/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Francisco Javier Ranera Cahís en nombre y representación de la sociedad Hotel Colón S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Pablo Sorribes Calle 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 Francesc Xavier Ranera Cahís, en nombre y representación de la sociedad Hotel Colón S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Jordi Calvo Cuesta contra Banco Santander S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.- Se declare la nulidad del Contrato de permuta financiera de tipos de interés y del Contrato de permuta financiera ligado a inflación, ambos celebrados en fecha 9 de julio de 2008, por haber existido en su formación vicios del consentimiento por error, obligando a las partes a la restitución recíproca de las cantidades pagadas al albur de dichos contratos, esto es, obligar a la demandada a restituir la cantidad de doscientos dos mil setecientos cuarenta y un euros con veintinueve céntimos (202.741,29.-?) con los intereses legales a la actora, y a ésta a devolver mil quinientos treinta y tres euros con treinta y cuatro céntimos de euros (1.533,34.-?) con los intereses legales a la demandada.

»2.- Subsidiariamente, se declare que las cláusulas de cancelación que constan en el articulado del Contrato de permuta financiera de tipo de interés y las equivalentes del Contrato de permuta financiera ligado a inflación son oscuras, que dejan el cumplimiento del contrato al arbitrio de la demandada y que, conforme a Derecho, se tengan por nulas y por no puestas en los Contratos, y declare que las partes pueden resolver en cualquier momento las obligaciones contractuales sin coste alguno para ambas.

»3.- En ambos casos que se condene en costas a la demandada».



SEGUNDO.-El procurador don Antonio María de Anzizu Furest, en nombre y representación de Banco Santander S.A., y asistido del letrado don Ramón Entrena Cuesta 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:

«Dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

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 7 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimo íntegramente la demanda presentada por la entidad Hotel Colón S.A., contra la entidad Banco de Santander S.A. DECLARO la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés y del contrato de permuta financiera ligado a inflación, ambos celebrados el día 9 de julio de 2008, por haber existido en su formación vicios en el consentimiento por error, obligando a las partes a la restitución recíproca de las cantidades pagadas al albur de estos contratos, es decir obligar a la demandada a restituir la cantidad de 270.988,06 euros con los intereses legales a la actora y a ésta a devolver 1.533,34 euros con los intereses legales a la demandada. Se imponen las costas procesales a la parte demandada».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Santander S.A., la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, ESTIMANDO en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada en fecha 17 de mayo de 2011 por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Barcelona en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos REVOCAR y REVOCAMOS la misma y desestimándose íntegramente la pretensión principal de la demanda instada por Hotel Colón S.A. y estimándose en parte la petición subsidiaria procede declarar nula y por no justa las cláusulas de cancelación anticipada de los contratos de permuta de tipos de interés y de permuta ligada a la inflación, pudiendo las partes resolver el contrato, si a su interés conviene, en cualquier momento, conforme al contenido de esta resolución, todo ello sin expresa condena en costas de las causadas en ambas instancias a ninguna de las partes».

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Hotel Colón S.A. El recurso extraordinario por infracción procesal lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Error notorio o clara equivocación en la valoración de la prueba, influye en el resultado del proceso (471 LEC). Segundo.- Error notorio o clara equivocación en la valoración de la prueba, influye en el resultado del proceso (471 LEC). Tercero.- Error notorio o clara equivocación en la valoración de la prueba, influye en el resultado del proceso (471 LEC). El recurso de casación lo argumentó en los siguientes motivos. Primero.- Infracción del artículo 1265 del Código Civil. Interés casacional, artículo 477.3 LEC. Segundo.-Infracción del artículo 1265 del Código Civil. Interés casacional artículo 477.3 LEC.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de noviembre de 2016, se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal. 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 23 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 de dos contratos de permutas financieras (swaps). El primero para la cobertura de tipos de interés (swap flotante bonificado), y el segundo ligado a la inflación. Dichos contratos son posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.
2. En síntesis, la entidad Hotel Colón S.A., aquí recurrente, se constituyó como garante solidario de una póliza de renovación de crédito concertada entre Banco Santander, aquí parte recurrida, y la entidad Inmolamaro Barcelona S.L.



El 26 de junio de 2008, Banco Santander le comunicó la existencia de una deuda derivada de dicha póliza por importe de 4 millones de euros, y le exigió su pago en el plazo de 15 días. Ante la imposibilidad de proceder a dicho pago, pues el garante sólo contaba con una disponibilidad de 2 millones de euros, el director de la entidad bancaria le ofreció la posibilidad de financiar la cantidad restante. Sobre esta base recomendó la suscripción de los referidos contratos de permuta financiera. Uno para asegurar al cliente contra la posible subida de tipos de interés y otro para protegerlo de la posible subida de la inflación.

El 9 de julio de 2008, se firmaron los contratos conjuntamente. Tras dos primeras liquidaciones positivas del contrato de permuta financiera de tipo de interés, por importe de 766,67 euros cada una, la tercera liquidación arrojó un saldo a favor de la entidad bancaria de 12.685 euros. Por su parte, el contrato de permuta financiera ligado a la inflación comportó que su primera liquidación, de 20 de mayo de 2009, supusiera un saldo favorable a la entidad bancaria de 151.276,81 euros. El 12 de junio de 2009, se solicitó información acerca del coste de cancelación anticipada de ambos contratos. El banco comunicó que el coste de cancelación del primer swap ascendía a 124.319,64 euros, y el segundo a 1.012.693,22 euros.

En este contexto, la entidad Hotel Colón S.A. ejerció una acción de nulidad de los contratos suscritos por haber existido error vicio en la prestación del consentimiento. Subsidiariamente solicitó que se declarara la nulidad de las cláusulas de cancelación anticipada y su derecho a resolver los contratos sin coste alguno. La demandada se opuso a la demanda.

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes:

I) Los contratos de permuta financiera se entregaron al cliente el mismo día de su firma, momento que se aprovechó para realizar el test de idoneidad.

II) Los contratos fueron ofertados por la entidad bancaria. El director de la sucursal reconoció que no se realizaron simulaciones o ejemplos acerca del funcionamiento de dicho producto y que, a su vez, desconocía cómo se realizaba el cálculo de las cantidades a liquidar.

4. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de los referidos contratos, con la consiguiente restitución recíproca de las cantidades abonadas. Consideró que la información aportada en la documentación de los contratos resultaba insuficiente respecto del funcionamiento de estos productos y de los riesgos derivados, con exposición de cuadros incompletos y genéricos, sin simulaciones o ejemplos que pudieran resultar orientativos para el cliente. Información insuficiente que aún resultaba más patente en las cláusulas de cancelación anticipada, sujeta a condiciones que no se informaron, ni constaban en los contratos.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia, con estimación en parte del recurso, revocó la sentencia de primera instancia en el sentido de desestimar la pretensión principal de la demanda (nulidad de los contratos swaps) y estimar la pretensión subsidiaria (nulidad de las cláusulas de cancelación anticipada). En síntesis, tras la cita de la STS de 21 de noviembre de 2012, consideró que el margen de la titulación del representante legal de la empresa, éste tenía capacidad suficiente para entender los contratos, bien a través de la asesoría externa de la que dispone la compañía, o bien «mediante su propio interés a través de otros motivos». Que firmó toda la documentación y que los contratos eran de cobertura y no meramente especulativos. Así como que los anexos de los contratos complementaban la información y mecánica de las liquidaciones, de forma que la demandante podía haber efectuado sus propias deducciones.

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

7. Con carácter previo al examen del recurso procede desestimar la causa de inadmisibilidad del recurso formulada por la parte recurrida. En este sentido, la alegación referida a no ajustarse los motivos a la base fáctica de la sentencia impugnada será objeto de valoración en el examen de los mismos.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contratos 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 3.º del artículo 477.2 LEC, por vulneración de la jurisprudencia de esta sala, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el primer motivo, denuncia la infracción del artículo 1265 del Código Civil. Argumenta el incumplimiento de los deberes de información y el error vicio sufrido en el consentimiento prestado.

2. El motivo debe ser estimado.



Tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, 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 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.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el 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.

3. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información 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; y 510/2016, de 20 de julio).

4. En el presente caso, si partimos de los hechos acreditados en la instancia, se concluye que la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información de la fase previa de la oferta de estos productos financieros, pues los contratos se entregaron al cliente en el mismo día de su firma. Momento en el que se aprovechó para realizar el test de idoneidad. En esta línea, el director de la sucursal, que ofertó y recomendó los contratos de permuta financiera, difícilmente pudo explicar con claridad y suficiencia la información detallada de los riesgos concretos derivados del funcionamiento de estos productos financieros, pues reconoció que desconocía cómo se realizaba el cálculo de las cantidades a liquidar, ya fuesen positivas o negativas.

Sin embargo, pese al incumplimiento de los deberes de información, la sentencia recurrida descarta la trascendencia del error vicio con base, principalmente, a la experiencia profesional del representante de la empresa y a que pudo, en todo caso, acceder a un mayor conocimiento de estos productos financieros a través de la asesoría externa de la empresa. Considera, además, que la información genérica que se ofrecía en los anexos de los contratos resultaba suficiente para que el cliente efectuase sus propias deducciones.

No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

El incumplimiento del deber de información sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor 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 la núm. 840/2013, 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 límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banco Santander 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.

La omisión de los reseñados deberes de información 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 todo caso, la mera cualificación que otorga el ser licenciado en económicas, o la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí solo no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 60/2016, de 12 de febrero, ha declarado lo siguiente:

«[...] No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de Inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que habla asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con fa bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

5. La estimación del primer motivo comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del segundo motivo del recurso.

Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y desestimarse el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, por lo que procede hacer expresa imposición de estas costas de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

3. Asimismo, procede ordenar la devolución 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. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Hotel Colón S.A. contra la sentencia dictada, con fecha 21 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a en el rollo de apelación núm. 856/2011, que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, para confirmar en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, de 17 de mayo de 2011, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 776/2010. 2. No hacer imposición de las costas del recurso de casación. 3. Imponer las costas de apelación a la parte apelante. 4. Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese 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**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ