



Roj: **STS 1048/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1048**

Id Cendoj: **28079110012017100188**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **731/2014**

Nº de Resolución: **196/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LO 9/2014,**  
**STS 1048/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 22 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante Bexiflón S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Sánchez Oliva y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Elisa Orquín Gascón, contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2014 por la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de La Rioja en el recurso de apelación n.º 288/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1541/2010-B del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Logroño sobre nulidad de contrato de producto financiero. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A. (sucesora procesal de Banco Santander Central Hispano S.A.), representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 30 de julio de 2010 se presentó demanda interpuesta por Bexiflón S.L. contra Banco Santander Central Hispano S.A. (actualmente Banco Santander, S.A.) solicitando «se dicte Sentencia estimatoria de la demanda, declarando la nulidad del contrato de "Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés" de septiembre de 2007, que sustituye a los dos anteriores de octubre de 2005 y septiembre de 2006, suscritos entre actor y demandada, debiendo volver, las partes, a la situación en que se encontraban con anterioridad a la firma del referido contrato y, por tanto, debiendo devolver la demandada las cantidades cobradas del actor o que se cobren hasta dictarse Sentencia, una vez deducida la cantidad abonada al mismo (recíprocas restituciones dinerarias que procedan), todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada».

Además, por otrosí solicitó la adopción de la medida cautelar siguiente:

«Suspender las sucesivas liquidaciones que puedan practicarse en base al documento cuya nulidad se insta.

Para evitar posteriores liquidaciones en base al citado contrato, se hace precisa la adopción de la medida solicitada al existir razones de urgencia, puesto que el próximo desembolso está previsto dentro de un breve periodo de tiempo, concretamente, el 1 de octubre de 2010, con el fin de hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria, para no causar mayores perjuicios al actor, dado el desembolso que debe realizar, mientras el contrato se halle vigente, teniendo en cuenta su reducida capacidad económica, tratando de evitar, de este modo, que, durante la sustanciación y tramitación del proceso se le causen daños graves e irreparables al demandante. Es el denominado "*periculum in mora*" ».



**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Logroño, dando lugar a las actuaciones n.º 1541/2010-B de juicio ordinario, y emplazada la demandada Banco Santander S.A., esta compareció y formuló declinatoria alegando que la competencia territorial para conocer del asunto correspondía a los juzgados de primera instancia de Vitoria (lugar de nacimiento o producción de efectos de la relación jurídica controvertida) o, con carácter subsidiario, a los de Santander (lugar donde tiene su domicilio social el banco demandado), y solicitando la suspensión del plazo para contestar a la demanda.

Por diligencia de ordenación de 10 de enero de 2011 se dio traslado a la parte demandante y se suspendió el plazo para contestar.

Mediante escrito de 18 de enero de 2011 la parte demandante se opuso a la declinatoria.

Por auto de 19 de enero de 2011 se acordó la medida cautelar consistente en suspender las liquidaciones que pudieran practicarse con base en el documento de septiembre de 2007 y se requirió a la solicitante para que prestase caución por importe de 3.000 euros.

Por auto de 24 de enero de 2011 se acordó desestimar la declinatoria y alzar la suspensión del plazo para contestar a la demanda, y a continuación la parte demandada contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con condena en costas a la demandante.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 22 de febrero de 2012 desestimando la demanda con imposición de costas a la entidad demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por la demandante Bexiflón S.L. contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el n.º 288/2012 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Rioja, esta dictó sentencia el 20 de enero de 2014 desestimando el recurso con imposición de las costas a la apelante.

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la demandante-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC por interés casacional, formulado en un solo motivo del tenor literal siguiente:

«..., en cuanto que contradice la doctrina del Tribunal Supremo, de Audiencias Provinciales, así como infringe los preceptos 64, 72, 73 y 74 del R.D. 217/2008 de 15 de febrero de 2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, el art. 79 bis. 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores y la normativa MIFID».

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 20 de julio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la inadmisión o, en su caso, la desestimación del recurso, con imposición de las costas a la recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 20 de febrero del corriente año 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 día 8 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de un contrato de permuta financiera de tipos de interés ( *swap* ) celebrado con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 28 de septiembre de 2007 Bexiflón S.L. (en lo sucesivo, Bexiflón), sociedad constituida en el año 1996 y dedicada a la fabricación de productos semielaborados de materias plásticas, suscribió con el Banco Santander Central Hispano S.A. (luego Banco Santander S.A., actual parte recurrida), siendo su administrador D. Jose Miguel, un documento denominado «Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés», modalidad «Swap de Tipos con Opción de Conversión Unilateral y con Cap con Knock-Out», con un nominal de 1.000.000 euros, inicio el 1 de octubre de 2007 y vencimiento el 1 de octubre de 2012. Este contrato produjo la cancelación anticipada de la permuta suscrita en 3 de octubre de 2006, que a su vez sirvió para cancelar una primera operación *swap* suscrita entre las mismas partes con fecha 30 de septiembre de 2005.



2.- Tras varias liquidaciones positivas, las correspondientes al segundo y tercer año de vigencia del último contrato arrojaron importantes pérdidas para Bexiflon (18.141,86 y 38.807,30 euros, respectivamente). Al intentar una solución extrajudicial el banco le informó de que en ese momento la cancelación tenía un coste de 100.000 euros.

3.- El 30 de julio de 2010 Bexiflon demandó al Banco Santander Central Hispano S.A. (luego Banco de Santander S.A.) solicitando la nulidad del contrato suscrito en septiembre de 2007 (el único en vigor) por error vicio en el consentimiento y la condena del banco demandado a restituir la diferencia entre las cantidades percibidas y las cobradas por la entidad financiera o que se siguieran cobrando hasta el dictado de la sentencia.

Para fundamentar el error en el consentimiento alegaba, en síntesis, que el banco no había cumplido su deber de información en los términos que le exigía la normativa sectorial, al no informar de modo suficiente y comprensible a un cliente no cualificado sobre las características y altos riesgos de un producto especulativo como el contratado. En la fundamentación jurídica de dicha demanda se citaron los arts. 1261 , 1265 , 1266 , 1300 y 1301 CC , los arts. 2 y 78 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV), en la redacción anterior a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV y su adaptación a la Directiva MiFID (en lo sucesivo Ley 47/2007), y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.

4.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado. En concreto alegó que el administrador de la demandante tenía experiencia en la dirección de empresas, que estaba plenamente acostumbrado a contratar productos bancarios, que contaba con un departamento de asesoramiento financiero, que había contratado con anterioridad otros *swaps* , los cuales se mantuvieron en vigor sin oposición incluso frente a liquidaciones negativas, y que el tenor de los documentos era claro, pudiendo comprender los riesgos del producto y la posibilidad de un resultado negativo.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda apoyándose en dos argumentos principales: (i) el perfil del demandante, por la dilatada experiencia empresarial del administrador Sr. Jose Miguel , su experiencia en la contratación de productos financieros «de cierta complejidad» y el hecho de que tuviera a su disposición una asesoría fiscal y financiera a la que pudo consultar; y (ii) la sucesión de contratos de *swap* , dado que el de 2007 no era sino renovación de otros dos anteriores en todos los cuales se incorporó un anexo con los posibles escenarios, unida al tiempo transcurrido, durante el cual también percibió liquidaciones favorables que tuvieron que ser conocidas por el asesor fiscal.

6.- La sentencia de apelación desestimó el recurso de la parte demandante por las siguientes y resumidas razones: (i) la relevancia del perfil del representante legal de la mercantil demandante, en atención a los cargos directivos desempeñados y a su experiencia en la contratación de productos bancarios; (ii) la posibilidad de conocer las características del producto a partir del propio contenido del contrato por la inclusión de una cláusula al efecto según la cual el cliente admitía conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivar de la operación; y (iii) la reiteración en el tiempo de contratos de *swap* , permitiendo suponer que durante todo el periodo en que estuvieron vigentes el cliente se asesoró o al menos tuvo la oportunidad de asesorarse por medio de la asesoría contratada y de pedir explicaciones sobre su naturaleza y funcionamiento, excluyendo así la excusabilidad del error.

7.- La demandante-apelante ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación tanto en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales como por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

**SEGUNDO.-** El recurso se compone de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 64 , 72 , 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , y del « art. 79 bis, 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores y la normativa MiFID».

Con apoyo en la doctrina sentada por esta sala en sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , de Pleno, se argumenta, en síntesis, que el contrato litigioso es un producto complejo, especulativo y de alto riesgo, ofrecido por los bancos como un seguro, y que, atendiendo a esa naturaleza, la normativa sectorial aplicable obligaba a la entidad bancaria oferente a informar detalladamente del contenido, alcance y consecuencias negativas que del mismo podían derivar para un cliente no experto como el demandante. En concreto, alega que estaba obligada a entregar antes de la firma la documentación preceptiva, a hacer los test de idoneidad y conveniencia a que se refiere la normativa MiFID y a ofrecer explicaciones de calidad, específicamente sobre la cancelación anticipada y su coste y sobre la evolución futura de los tipos de interés, que en 2007 ya se sabía que iban a bajar, nada de lo cual se había hecho. En particular se discrepa del argumento empleado por la sentencia recurrida para justificar la inexcusabilidad del error, esto es, que la recurrente conoció o pudo conocer el producto, sus características y riesgos asociados en atención a la capacitación profesional del legal representante que intervino en la contratación, pues para la recurrente el hecho de ostentar el cargo de administrador y ser



un titulado medio no presupone la tenencia de una formación cualificada («los conocimientos jurídicos y financieros necesarios») para comprender el contenido de este tipo de contratos atípicos.

En trámite de oposición el banco recurrido ha alegado que el recurso debe ser inadmitido o, en todo caso, desestimado. Como causas de inadmisión alega la falta de justificación del interés casacional invocado, por citarse solo una sentencia de esta sala que se dice no guarda relación con el caso litigioso y limitarse a acarrear sentencias de distintas Audiencias; la falta de respeto a la valoración probatoria y a la razón decisoria de la sentencia recurrida, por fundarse el recurso en preceptos que la parte recurrida define como «normas administrativas reguladoras de la actividad bancaria o financiera» en lugar de hacerlo en las normas del CC sobre error en el consentimiento, únicas que según la parte recurrida resultaban de aplicación y fueron consideradas por la sentencia impugnada; y en fin, falta de claridad por la cita de preceptos heterogéneos, algunos genéricos e incluso no aplicables al contrato litigioso (normativa MiFID). Subsidiariamente el banco se ha opuesto a la estimación por razones de fondo, alegando, en síntesis, que las normas citadas como infringidas no eran aplicables; que en todo caso tampoco se explica en dónde se encuentra la infracción; que ninguna repercusión tiene para la validez del consentimiento la falta de información sobre la evolución de los tipos de interés, pues a la luz de la sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, de Pleno, el contrato de *swap* tiene un acusado componente de aleatoriedad, de tal forma que la eventual representación equivocada de cuál sería el resultado como consecuencia de la evolución futura de los tipos de interés no tiene la consideración de error; que no se acredita la concurrencia de los requisitos que se exigen para apreciar error en el consentimiento; que la alegación sobre la cancelación anticipada se introdujo *ex novo* en apelación; que en ningún caso el producto contratado fue un seguro (pues ninguna prima se pagó) y, en suma, que los hechos probados llevan a la conclusión contenida en la sentencia recurrida de que no existió error o de que, en su caso, tuvo carácter inexcusable.

**TERCERO.-** El recurso incurre en las causas de inadmisión de los ordinales 2.º y 4.º del art. 483.2 LEC, por lo que en este acto procesal procede su desestimación.

El escrito de interposición no cumple los requisitos establecidos en la LEC y el recurso carece manifiestamente de fundamento porque, además de omitir la cita de los artículos del CC en que se fundaba la demanda, relativos a los vicios del consentimiento, las normas citadas en el recurso son inaplicables al caso, ya que todas ellas son posteriores a la normativa MiFID y el contrato litigioso se regía por la normativa anterior. Estos patentes defectos del recurso no pueden considerarse subsanados por la cita de la sentencia de esta sala de 20 de enero de 2014 junto con la de otras sentencias de un juzgado, de varias audiencias provinciales y de esta sala, ya que conforme al art. 477.1 LEC el requisito básico de todo recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, es la cita, como infringidas, de las normas «aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», y en este caso las normas citadas son todas ellas inaplicables.

**CUARTO.-** Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas a la parte recurrente, que conforme a la d. adicional 15.ª 9 LOPJ perderá el depósito constituido.

## 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 la demandante Bexiflón S.L. contra la sentencia dictada el 20 de enero de 2014 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de La Rioja en el recurso de apelación n.º 288/2012. **2.º-** E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.