

Roj: **STS 1341/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1341**Id Cendoj: **28079110012017100219**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2017**Nº de Recurso: **1901/2014**Nº de Resolución: **236/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 25.º de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1403/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la mercantil Proyectos Inmobiliarios Damarco S.L, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds Martínez; siendo parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador Ramiro Reynolds Martínez, en nombre y representación de Proyectos Inmobiliarios Damarco S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se estime íntegramente la demanda, se declare nulo el contrato firmado el 27 de junio de 2008 y condene al demandado al pago de sesenta y un mil doscientos sesenta y seis euros con sesenta y nueve céntimos (61.266,69 euros), más los intereses legales, y todo ello, con expresa imposición de las costas procesales que se causen en el presente procedimiento».

2.º- La procuradora doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere en nombre y representación de la mercantil Banco Español de Crédito S.A, (Banesto) 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:

«desestimando las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de Madrid, dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«ESTIMO la demanda formulada por el Procurador D. Ramiro Reynois Martínez en representación de "PROYECTOS INMOBILIARIOS DAMARCO, S.L.", contra "BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.", representadas por la Procuradora D.ª Inmaculada Ibañez de la Cardiniere, y en consecuencia:

»1.- DECLARO nulo el contrato firmado por ambas partes el 27 de junio de 2008 y aportado como documento 2 de la demanda.



»2.- CONDENO en consecuencia a la expresada demandada a pagar a la actora la cantidad de 61.266,69 euros (SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS) más el interés legal de dicha cantidad desde el 17 de octubre de 2011.

»3.- CONDENO a BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. al pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

»4.- DETERMINO que la cuantía del presente procedimiento es la de 61.266,69 euros».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad Banco Santander, S.A. La Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimar el recurso de apelación interpuso por la representación procesal del BANCO SANTANDER. SA. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 69 de Madrid con fecha 15 de febrero de 2013 en el Juicio Ordinario n.º 1403/2011 y se revoca la misma, desestimando la demanda formulada contra la parte apelante. No se condena a ninguna de las partes al pago de las costas causadas en ambas instancias, con reintegro del depósito para recurrir».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de Proyectos Inmobiliarios Damarco S.L., con apoyo en el siguiente motivo: Unico.- Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por desconocer o infringir la doctrina jurisprudencial que se desprende de la sentencia numero 683/2012 , sentencia número 41/2014 de 17 de febrero , sentencia número 840/2013 de 20 de enero , sentencia número 626/2013 de 29 de enero y sentencia del **Tribunal Supremo** de 31 de julio de 2007 . Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con el artículo 1281 del Código Civil y lo previsto en el 79 bis 3 , 4 y 7 de la Ley del Mercado de Valores , según redacción dada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de julio de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Inmaculada Ibañez de la Cadiniere, 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 29 de marzo de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta por la mercantil Proyectos Inmobiliarios Damarco S.L. frente a Banesto S.A. (hoy Banco Santander S.A.) en la que se solicita la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés firmado el 27 de junio de 2008 con condena a la entidad demandada a la devolución de la cantidad de 61.266,69 euros.

Se dice en la demanda que con fecha 27 de junio de 2008, el director de la sucursal de Banesto del P.º de San Francisco de Sales 31 de Madrid, D. Hugo , se personó en el domicilio de la parte actora con la intención de presentarle un documento a la firma; D. Hugo conocía desde hacía varios años a D. Sixto , legal representante de Damarco S.L. Una vez en el domicilio el sr Hugo le mostró los documentos y le indicó que se trataba de una oportunidad muy interesante para contener las subidas del euribor, pues se consistía en un seguro para los pasivos de la empresa, insistiéndole en que era una buena inversión, diseñada para clientes muy especiales.

Ante las iniciales reticencias de D. Sixto , D. Hugo insistió en que no hacía falta que lo leyera todo pues debía presentar la documentación en la Central del Banco a las 15:00 horas de ese mismo día, presionando a D. Sixto para la rápida firma del contrato, que se produjo sin que apenas este leyera el contenido del mismo y sin que se proporcionara una adecuada información sobre las características y riesgos del producto, entendiendo la demandante que ni D. Sixto tenía la experiencia suficiente para conocer las características del *swap* ni el propio D. Hugo tenía la capacidad para asesorar sobre este tipo de productos .

El Juzgado de 1.ª Instancia número 69 de Madrid dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2013 , la cual estimó la demanda interpuesta entendiendo, en esencia, que concurrió vicio en el consentimiento propiciado por la información muy deficiente y sesgada proporcionada por la entidad bancaria.

Recurrió en apelación el banco demandado y su recurso fue estimado por la Audiencia Provincial, con el argumento de que no estamos ante un consumidor sino ante una sociedad a la que ha de exigírsele la diligencia propia de un ordenado empresario; que el contrato contiene las advertencias suficientes sobre los riesgos; que



el cliente debería de haber desplegado una mayor diligencia, leyendo el contrato e informándose por su cuenta desde el día siguiente a la de la firma de los posibles riesgos del mismo, y que la información proporcionada por el banco, si bien fue mejorable, no se opuso a las buenas prácticas bancarias, dadas las características de los productos financieros formalizados.

SEGUNDO.- Proyectos Inmobiliarios Damarco S.L interpuso recurso de casación articulado en un único motivo, al amparo del ordinal tercero del art. 477. 2. LEC , al no superar la cuantía del procedimiento los 600.000 euros.

En el motivo se cita la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con el art. 1281 del mismo texto legal y con el art. 79 bis 3 , 4 y 7 LMV, según redacción dada por la Ley 47/2007 . Se justifica el interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en las sentencias 683/12 de 21 de noviembre , 41/14 de 17 de febrero , 840/13 de 20 de enero de 2014 , 626/13 de 29 de enero de 2014 y de 31 de julio de 2007 . En síntesis, se denuncia la oposición a la doctrina de la Sala en cuanto a los deberes de información de las entidades bancarias en la comercialización de productos complejos, entendiéndose que la falta de información por parte del banco sobre los concretos riesgos del producto fue la causante del error que vició el consentimiento prestado.

Se estima, no sin precisar que no se revisan los hechos, sino que se valoran jurídicamente de forma distinta, y que el problema planteado se identifica sin ninguna dificultad a partir de los artículos citados en el recurso..

1.- La sentencia recurrida utiliza argumentos que son contrarios a la doctrina de esta Sala, como son:

(i) El carácter de empresario del demandante le otorga una mayor responsabilidad a la hora de contratar un producto complejo como el *swap*.

(ii) En el contrato se contenían advertencias sobre los riesgos; de haber sido leído con detalle, se podría haber vencido el error.

(iii) La información prestada por la entidad bancaria, si bien mejorable, no puede ser tachada de mala praxis bancaria.

(iv) El demandante, desde el día siguiente al de la firma, podía haberse informado por su cuenta de los riesgos que corría con la contratación del producto.

2.- La tesis según la cual el error no sería excusable porque la información que deriva de los documentos contractuales es suficiente para evitarlo el error y el cliente debió leerlos, dando por supuesto que la simple lectura era suficiente para comprender un negocio de evidente complejidad, como era el contratado, no encuentra apoyo en la doctrina de esta Sala que impone al banco el deber de cerciorarse de que un cliente no experto, como es el caso, pese a tratase de sociedad limitada (pues ninguna experiencia acreditada tenía en este tipo de contratos), conocía bien en qué consistía el *swap* y los concretos riesgos asociados a este producto, en una línea ya marcada por la STS n.º 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso n.º 1979/2011 , en la que se declaró que la obligación de información es una obligación activa y no de mera disponibilidad.

La mera lectura del documento, dice la sentencia n.º 689/2015, de 16 de diciembre , «resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas ».

Y lo que no es posible es trasladar esta responsabilidad a quien, según la sentencia, pudo asesorarse al margen de quien le ofrecía el producto, como era el apoderado o administrador de la sociedad actora, no solo por la premura entre la oferta del producto y la firma del contrato (unos 30 minutos), sino porque la oferta se realiza a un cliente, ingeniero de caminos y apoderado de una empresa que, aun con un volumen de negocio relevante, no se dedica al mercado financiero y si a la realización de proyectos de ingeniería y arquitectura, construcción y subcontrata de servicios.

3.- No puede apreciarse, por tanto, que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación que se cita en el motivo, aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala relativa a las exigencias del deber de información del banco a un cliente no experto, como era la demandante pese a su consideración de persona jurídica y haciendo recaer en el legal representante de la mercantil demandante la responsabilidad de no haberse enterado mejor de los riesgos específicos que conllevaba la bajada de los tipos de interés, sin reparar en que era preceptiva una información precontractual y que la entidad bancaria no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que el producto ofertado fuera adecuado a su perfil inversor.



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.

4.- 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 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, 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 la entidad bancaria 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.

5.- La entidad recurrida fue la que ofreció el producto lo 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 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.

TERCERO.- Por las razones expuestas debe estimarse el recurso, casando y anulando la sentencia recurrida; y asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banesto S.A. (hoy Banco Santander S.A.), contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia, que se mantiene en su integridad.

CUARTO.- En cuanto a costas, no se hace especial declaración de las originadas por este recurso, y se imponen a la demandada las causadas en la 1ª instancia y en apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Proyectos Inmobiliarios Damarco S.L. contra la sentencia de fecha 25 de abril de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.º, en el recurso de apelación núm. 546/2013 . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrida contra la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia n.º 69 de Madrid, en autos de juicio ordinario 1403/2011, que se mantiene en su integridad. **3.º-** Imponer a Banesto S.A. (hoy Banco Santander S.A.) las costas causadas en la 1ª instancia y en apelación, y no hacer especial declaración sobre las del recurso de casación. 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.