



Roj: **STS 2636/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2636**

Id Cendoj: **28079110012017100386**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **1034/2014**

Nº de Resolución: **397/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 12181/2014,**  
**STS 2636/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 27 de junio 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. 170/2013 por la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 794/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Esplugues de Llobregat (Barcelona), cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Anna María Feixas Mir en nombre y representación de la mercantil Noya Laverno S.A. y Gestión de Promoción La Grama, 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.-** La procuradora doña Teresa Martí Amigó, en nombre y representación de la mercantil Noya Laverno S.A. y de Gestión de Promoción La Grama S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Ricart Tàsies 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:

«[...]a) Se declaren nulos y sin valor ni efecto alguno todos los contratos relativos o relacionados con el swap de permuta de tipos de interés denominado inicialmente «Opción de Tipo de Interés Collar (combinación de Opción Cap comprada por el Cliente y Opción Floor vendida por el Cliente)», y posteriormente de «Opciones de Tipo de Interés Collar», suscritos entre Gestión de Promoción La Grama, S.L., Noya Laverno, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A. En concreto, se declaren nulos los siguientes contratos:

»i. El CMOF de 5 de diciembre de 2007; la confirmación de fecha 31 de julio de 2007 de «Opción de Tipo de Interés Collar (combinación de Opción Cap comprada por el Cliente y Opción Floor vendida por el Cliente)», y la cancelación confirmación de 28 de mayo de 2008 de «Opciones de Tipo de Interés Collar», celebrados entre Gestión de Promoción La Grama, S.L., y Banco Santander Central Hispano, S.A.

»ii. El contrato de cesión otorgado el 14 de enero de 2011 entre Gestión de Promoción La Grama, S.L.A, Noya Laverno, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A.

»iii. El CMOF de 14 de enero de 2011 y la confirmación de 28 de mayo de 2008 de «Opciones de Tipo de Interés Collar» entre Noya Laverno, S.A. y Banco Santander Central Hispano, S.A., por haber existido en todos ellos un



vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de Gestión de Promoción la Grama, S.L. y Noya Laverno, S.A., consistente en error excusable.

»b) Se declaren igualmente nulos los cargos y, en su caso, abonos producidos en las cuentas corrientes de ambas demandantes asociadas a los contratos y que queden acreditados en la prueba que se practique, tanto los habidos en la fecha de la demanda como los que se produzcan durante su tramitación, ordenando la devolución de las mutuas contraprestaciones así como de sus frutos e intereses.

»c) Se impongan las costas a la demandada si se opusiere a la presente demanda».

**SEGUNDO** .- El procurador don Robert Francesc Martí Campo, en nombre y representación de Banco Santander Central Hispano S.A., y asistido del letrado don Antonio Poveda Bañón 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 la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte 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 2 de Esplugues de Llobregat, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Teresa Martí Amigó, en representación de NOYA LAVERNO S.A. y GESTIÓN DE PROMOCIÓN LA GRAMA S.L., y asistida en calidad de Letrado por el Sr. Ricard Tàsies, contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Robert Francesc Martí Campo, y asistido del Letrado Sra. Cristina Serrate Piext, si bien suscribió la demanda el Letrado. Sr. Antonio Poveda, y por ello,

DEBO DECLARAR Y DECLARO

»a) nulos y sin valor ni efecto alguno todos los contratos relativos o relacionados con el swap de permuta de tipos de interés denominado inicialmente "Opción de Tipo de interés Collar (combinación de Opción Cap comprada por el cliente y Opción Floor vendida por el Cliente), y posteriormente de "Opciones de Tipo de interés Collar", suscritos entre Gestión de Promoción rama S.L., Noya Laverno S.A. y Banco Santander Central Hispano S.A. En concreto, SE DECLARAN NULOS los siguientes contratos:

»1.- El CMOF de 31 de julio de 2007, y la cancelación-confirmación de 28 de mayo de 2008 de "Opciones de Tipo de Interés Collar" celebrados entre Gestión de Promoción la Grama S.L., y Banco Santander Central Hispano S.A.

»2.- El contrato de cesión otorgado el 14 de enero de 2011 entre Gestión de Promoción la Grama S.L., Noya Laverno S.A y Banco Santander Central Hispano S.A.

»3.- El CMOF de 14 de enero de 2011 y la confirmación de 28 de mayo de 2008 de "Opciones de Tipo de Interés Collar" entre Noya Laverno S.A y Banco Santander Central Hispano S.A., por haber existido en todos ellos un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de Gestión de Promoción la Grama S.L. y Noya Laverno S.A, consistente en error excusable.

»b) SE DECLARAN igualmente NULOS los cargos y, en su caso, abonos producidos en las cuentas corrientes de ambas demandantes asociadas a los contratos, tanto los habidos en la fecha de la demanda como los que se produzcan durante su tramitación, ordenando la devolución de las mutuas contraprestaciones así como de sus frutos e intereses.

»Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander S.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Esplugues, en los autos de juicio ordinario 794/2011, de fecha 24 de Octubre de 2011, debemos revocar y revocamos dicha resolución y desestimando la demanda que contra la misma interpuso Noya Laverno S.A y Gestión de Promoción La Grama S.L, debemos absolverle de la misma, con imposición a las actoras de las costas de la 1.ª Instancia y sin que se efectúe expresa imposición de las de esta alzada».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Noya Laverno S.A. y Gestión de Promoción La Grama S.L., el recurso



extraordinario lo argumentó con apoyo en un único motivo: Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC , en relación con el artículo 24.1 CE y los artículos 316 , 326 y 376 LEC . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.2.3.º LEC por infracción de los artículos 1265 y 1266 CC y la jurisprudencia que los interpreta. Segundo.- Infracción de los artículos 79 y 79 bis.3 de la LMV y artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero . Tercero.- Infracción de los artículos 79 bis.6 y 79 bis.7 LMV, 72, 73 y 74 RD 217/2008 , sobre la realidad.

**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 e inadmitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal y se acordó 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 de 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 11 de mayo 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 un contrato marco de operaciones financieras (en adelante CMOF) y de la confirmación de una permuta financiera (swap), así como de la cesión de dicha permuta financiera y de su instrumentalización a través de un posterior CMOF y documento de confirmación de la permuta objeto de cesión. El primer CMOF y la confirmación de la permuta financiera son anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. En síntesis, conforme a los hechos acreditados en la instancia, doña Visitacion , administradora única de las empresas Gestión de Promoción La Grama S.L. (en adelante, Grama) y de Noya Laverno S.A. (en adelante, Noya), el 31 de julio de 2007, suscribió, como administradora de Grama, con el Banco Santander Central Hispano S.A. (más adelante, Banco Santander) un crédito hipotecario por importe de 1.500.000 euros a un plazo de cuatro años.

En la misma fecha, y a propuesta de la entidad bancaria, se procedió a la suscripción de un contrato de permuta financiera, swap «opción de tipo de interés Collar», por un importe nominal de 1.500.000 euros y con vencimiento el 13 de agosto de 2010. El 5 de diciembre de 2007 se firmó el correspondiente CMOF.

Tanto el folleto publicitario del producto, como los documentos de confirmación de las operaciones, contenían una caracterización genérica del producto financiero, con referencia, estos últimos, a un sistema de liquidaciones abierto, tanto si «paga» el cliente o en la entidad bancaria, y con escenarios, sobre una fluctuación fija (tipo cap 5,99% y tipo floor 4,50%) con relación a resultados «positivo», «neutral» o «negativo» para el cliente.

El director de la sucursal reconoció que no era experto en estos productos financieros.

El gerente de las empresas, que llevó la relación comercial, era licenciado en económicas y había trabajado, con anterioridad, para una entidad bancaria; si bien con productos financieros distintos al que es objeto de la litis.

En el documento de cesión de la permuta financiera se contemplaba el valor negativo para el cesionario (una pérdida de 72.921 euros), pero sin especificación o concreción acerca del funcionamiento del producto y de sus riesgos asociados.

En los contratos marco el coste del vencimiento anticipado del producto financiero se establecía con relación a «criterios de valor de mercado».

La situación de crisis inmobiliaria imposibilitó la amortización del crédito hipotecario en el plazo establecido. De forma que la entidad bancaria propuso la suscripción de otro crédito hipotecario que cubriese los impagos. El 10 de febrero de 2010, doña Visitacion , esta vez en representación de la empresa Noya, suscribió con la entidad bancaria un nuevo crédito hipotecario por importe de 1.900.000 euros y con un plazo de amortización en febrero de 2024. Con dicho crédito se canceló el anterior crédito hipotecario

En el ínterin de dichos créditos hipotecarios, el 28 de mayo de 2008, se procedió a la cancelación anticipada del swap y su sustitución por otro.

El 14 de enero de 2011 se formalizó la cesión del contrato de permuta financiera, de 28 de mayo de 2008, entre Grama (cedente) y Noya (cesionaria) con la autorización de la entidad bancaria. En la misma fecha, se procedió a la firma de un CMOF y a la confirmación de la operación objeto de cesión.



3. En este contexto, y ante el saldo negativo que presentaba el producto financiero, 72.921 euros en el momento de la cesión, las empresas presentaron una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaban la nulidad de los referidos contratos swap por error vicio en el consentimiento prestado.

La entidad financiera se opuso a la demanda y solicitó su absolución.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró que la entidad bancaria no suministró la información necesaria para que el gerente de las empresas pudiera formar correctamente su voluntad contractual. De modo que esta falta de información, acerca del funcionamiento del producto y de los riesgos asociados, vició el consentimiento otorgado.

5. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la sentencia de la Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia.

En síntesis, consideró que la información suministrada en el folleto y en el contenido de los contratos de permuta financiera era suficiente para la comprensión del producto financiero. Destacó que el cliente tuvo tiempo para solicitar, antes de la firma de las operaciones, las aclaraciones que estimase oportunas. Señaló la formación académica de economista que tenía el gerente, además de su trabajo previo en una entidad bancaria, si bien con productos financieros distintos al objeto de la *litis*. Resaltó que la cesión realizada comportaba una confirmación en la permuta financiera y que en la cancelación anticipada del producto no se podía anticipar un precio fijo, sino con relación a los criterios de valoración de mercado, tal y como había hecho la entidad bancaria.

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

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Contratos de permuta financiera anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Cesión de permuta financiera y confirmación tácita del cliente. Coste de cancelación anticipada. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. Las recurrentes, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interponen recurso de casación que articulan en tres motivos.

2. En los dos primeros motivos, las recurrentes denuncian la infracción de los artículos 79 y 79 bis LMV, del artículo 64 del RD 17/2008, con relación a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil. Todo ello en base al error vicio del consentimiento prestado por el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria.

3. Los motivos deben ser estimados.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis. 3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 62911993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre).

4. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los folletos publicitarios del producto ofertado o de los contratos suscritos, ni tampoco con la sola firma de los mismos. En este sentido, 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. 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 debía haber tomado la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.



El incumplimiento del deber de información al cliente 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 1.ª 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.

La omisión de este deber 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, este deber que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error. 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.

5. En todo caso, y en la línea de lo declarado por esta sala en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, hay que destacar que no basta, por sí solo, con que el cliente tenga los conocimientos usuales del mundo de la empresa, por su condición de gerente, o por la formación académica de licenciado en económicas, para que pueda excluirse la existencia de error y, en su caso, considerar que el mismo fue inexcusable; pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos. Conocimientos que tampoco pueden presumirse de una actividad anterior en una entidad bancaria cuando, como expresamente reconoce la sentencia recurrida, en dicho momento no existían productos financieros análogos al que es objeto de la presente *litis*.

6. Por otra parte, como hemos declarado en la sentencia 503/2016, de 19 de julio, el mero encadenamiento de diversos contratos no debe ser considerado, por sí solo, como un acto convalidante del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento ya que, en las condiciones en que se realizó, no constituyó un acto inequívoco de la voluntad tácita de confirmación del contrato. En el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

El presente caso, como se ha señalado, el documento de cesión de la permuta financiera, aparte de indicar el saldo negativo que arrastraba el producto, no contenía ninguna información adicional que por su precisión o concreción acerca del funcionamiento del producto o de sus riesgos asociados pudiera aportar a los clientes un pleno conocimiento de causa que no se tuviera en el momento de la contratación del producto; por lo que dicha sesión no constituyó un acto inequívoco de voluntad tácita de convalidar o confirmar el contrato celebrado.

7. Por último, con relación a la necesaria información del coste de cancelación anticipada, también debe concluirse que la entidad bancaria no cumplió con dicho deber de información. En este sentido, entre otras, sentencia 594/2016, de 5 de octubre, hemos declarado, en esencia, que si bien la entidad financiera, en el momento de la suscripción de la permuta financiera, no podía concretar el precio que podría comportar la cancelación anticipada del producto, sí que debía advertir, por lo menos, que dicha cancelación podría comportar para el cliente un coste de cancelación muy elevado.

8. La estimación de los motivos indicados comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del motivo tercero del recurso.

9. En consecuencia, tras la estimación del recurso de casación procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Banco Santander S.A., 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 de Santander S.A., por lo que procede hacer expresa imposición de las costas del recurso 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 .

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 las entidades Gestión de Promoción La Grama S.L. y Noya Laverno S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 19 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 170/2013 , que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A., para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Esplugues de Llobregat, de 24 de octubre de 2011 , dictada en el juicio ordinario núm. 794/2011. **2.** No hacer expresa imposición de costas de casación. **3.** Imponer las costas de apelación la parte demandada 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena