



Roj: **STS 2787/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2787**

Id Cendoj: **28079110012017100410**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2017**

Nº de Recurso: **3301/2014**

Nº de Resolución: **416/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 446/2014,**
STS 2787/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 29 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante San Pablo 16-19, S.L., representada por la procuradora D.^a Zahara María Rodríguez-Pereita García bajo la dirección letrada de D. Luis Megías-Torres y Rivas, contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2014 por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Salamanca en el recurso de apelación n.º 239/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 427/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Salamanca sobre nulidad de contrato de permuta financiera y restitución de prestaciones. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A. (en virtud de fusión por absorción del Banco Español de Crédito, Banesto), representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo 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 18 de junio de 2013 se presentó demanda interpuesta por San Pablo 16-19, S.L. contra Banco Español de Crédito S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1. Se declare la nulidad, dejando sin efecto el contrato sobre operaciones financieras Ref Contrato NUM000 y suscrito en fecha 27 de marzo de 2008 (clausulas generales y particulares) sin coste alguno con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas, condenando a la entidad demandada al abono de la suma de CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTISEIS EUROS CON TREINTA Y UN CENTIMOS (44.226,31 euros) s.e.u.o, más los intereses legales de las liquidaciones practicadas descontados los de las liquidaciones positivas.

»2. Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

»3. Se condene asimismo a la contraparte al abono de las costas procesales».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Salamanca, dando lugar a las actuaciones n.º 427/2013 de juicio ordinario, y emplazada la demandada Banco Español de Crédito S.A., compareció y contestó a la demanda Banco de Santander, S.A. (tras fusión por absorción de la anterior) solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 3 de abril de 2014 con el siguiente fallo:



«Estimando la demanda formulada por la Procuradora D^a. Elena Jiménez Ridruejo Ayuso en nombre y representación de San Pablo 16-19, S.L. frente a Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), actual Banco Santander, S.A., representada por el Procurador D. Rafael Cuevas Castaño, DECLARO la nulidad del contrato sobre operaciones financieras suscrito entre las partes el día 27 de marzo de 2008, el cual se deja sin efecto, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones ya producidas y CONDENO a la entidad demandada a que abone a la mercantil actora la cantidad de cuarenta y cuatro mil doscientos veintiséis euros y treinta y un céntimo de euro (44.226,31 ?), más los intereses legales de las liquidaciones practicadas, descontados los de las liquidaciones positivas.

»Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada Banco Santander S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandante y que se tramitó con el n.º 239/2014 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, esta dictó sentencia el 16 de octubre de 2014 con el siguiente fallo:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Banco de Santander S.A., representada por el Procurador Don Rafael Cuevas Castaño, revocamos la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 7 de esta ciudad con fecha 3 de abril de 2.014 en el Juicio Ordinario del que dimana el presente rollo, y, en su consecuencia, desestimamos la demanda promovida por la mercantil demandante SAN PABLO 16.19 S. L., representada por la Procuradora Doña Elena JiménezRidruejo Ayuso, contra la referida entidad demandada, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias y con devolución a la entidad demandada-apelante del depósito por ella constituido».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandante-apelada San Pablo 16-19 S.L. interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC por existencia de interés casacional, fundado en un único motivo del siguiente tenor literal:

«Motivo de casación único por interés casacional art 477.2 3 º y 477.3 LEC .- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y existencia de jurisprudencia menor contradictoria en orden al error en el consentimiento.- Incumplimiento del deber de información.- Carga de la prueba.- Infracción artículo 1266 Código Civil en relación con los artículos 1265, 1300 y concordantes CC en relación con artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de los artículos 72 y 74 RD 217/2008 de 15 de febrero ».

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 desestimación del recurso, con imposición de costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 12 de junio 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 siguiente día 21, 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 celebrado con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 27 de marzo de 2008, por sugerencia de la entidad financiera, la hoy recurrente, San Pablo 16-19, S.L., sociedad del sector de la hostelería y la restauración, suscribió con Banesto (luego Banco Santander S.A., actual parte recurrida) un «contrato sobre operaciones financieras» tipo *swap* o permuta financiera de tipos de interés, con un nominal de 650.000 euros, fecha de inicio el 27 de marzo de 2008 y fecha de vencimiento el 30 de abril de 2011.

2.- En ejecución del contrato se giraron liquidaciones negativas para la referida sociedad limitada.

3.- El 18 de junio de 2013, la misma sociedad limitada demandó a la entidad bancaria solicitando la nulidad del referido contrato por error en el consentimiento (citaba el art. 1266 CC, aunque aludía también a la inexistencia y la nulidad radical por error obstativo) con restitución de prestaciones y, como consecuencia de ello, que se condenase al banco a pagarle la cantidad de 44.226,31 euros (saldo favorable a la demandante) más intereses



legales de las liquidaciones negativas practicadas, descontando los de las positivas, y al pago de las costas causadas.

4.- El banco demandado se opuso a la demanda alegando que no podía prosperar una pretensión de nulidad respecto de un contrato vencido y negando el error en el consentimiento.

5.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del referido contrato con los efectos restitutorios solicitados. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) el hecho de que el contrato hubiera vencido cuando se presentó la demanda no era obstáculo para la viabilidad de la acción ejercitada, primero porque era de nulidad radical por ausencia de consentimiento, la cual no prescribe, y, segundo, porque aun entendiéndose que se trataba de la acción de anulabilidad del art. 1301 CC, el plazo de cuatro años no había transcurrido porque debía computarse no desde la perfección del contrato, sino desde su consumación; (ii) el producto, sujeto a la normativa MiFID (en cuanto a la obligación de realizar test de conveniencia o idoneidad), se comercializó a instancia de la entidad financiera (debido a la relación de confianza que existía entre el administrador de la entidad demandante y su hermano con un empleado de Banesto) y se ofertó como producto de inversión, no vinculado al préstamo hipotecario suscrito con anterioridad entre las mismas partes; (iii) no constaba que la entidad financiera hubiera explicado el producto al cliente ni que le hubiera informado de la posibilidad de liquidaciones negativas y del coste de la cancelación anticipada, ni que se le hicieran los referidos test, sin que la falta de información precontractual se supiera por el contenido del contrato, cuya complejidad impedía a la cliente hacerse una idea clara sobre el producto, sus características y riesgos; (iv) la sociedad demandante no tenía la consideración legal de experto financiero, porque ni el administrador D. Cayetano, ni su otro socio, su hermano D. Edemiro, tenían conocimientos específicos sobre *swaps*, limitándose su experiencia a la contratación de dos préstamos bancarios y a la apertura de dos cuentas corrientes; (v) como consecuencia de todo ello, existió error esencial y excusable en la prestación del consentimiento por la demandante; y (vi) a lo anterior no obstaba que no se hubiera cuestionado la validez contractual hasta que se produjeron las liquidaciones negativas, pues fue entonces cuando la demandante se percató del error, sin que tampoco hubiera retraso desleal en el ejercicio de sus pretensiones ni confirmación tácita del contrato dado que la cliente no se conformó con las liquidaciones negativas, aunque las pagase, e intentó hasta en dos ocasiones la cancelación anticipada del contrato, lo cual no llegó a realizar al conocer en ese momento su elevado coste.

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso del banco demandado, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el *swap* litigioso no fue un simple producto de inversión, pues la sociedad demandante contrató para estabilizar el coste financiero que suponían los préstamos hipotecarios suscritos ante una eventual subida de tipos de interés; (ii) aunque no existe prueba de que se ofreciera suficiente información precontractual a la cliente sobre la naturaleza del producto y sus riesgos (las declaraciones del administrador de la demandante y de los empleados del banco son contradictorias, debiendo soportar el banco las consecuencias de la falta de prueba ante la ausencia de «dato objetivo o documento alguno que así pudiera acreditarlo») ni de que se hicieran los oportunos test, no obstante ni el incumplimiento del deber de información ni la ausencia de estos test «son causas por sí solas que determinen la declaración de nulidad del contrato o que permitan la afirmación de un error sustancial y excusable, sino que solo permiten presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados», presunción que cabe destruir mediante prueba en contrario; (iii) en este sentido, es determinante el contenido contractual, de cuyas condiciones particulares resultaban con suficiente claridad los elementos esenciales del contrato, su carácter aleatorio en función de la variación del tipo de interés y, en concreto, que las liquidaciones podían ser positivas o negativas para la demandante; (iv) también es determinante que el contrato fuera firmado en la totalidad de sus hojas por el administrador de la sociedad demandante y por su hermano, socio de la misma y avalista de la operación, pues dicha firma constituye una presunción *iuris tantum* de conocimiento y conformidad respecto de las obligaciones asumidas, incluyendo los riesgos asociados, así como que una de las condiciones particulares destacara, en recuadro y letra negrita, un «aviso importante sobre los riesgos de la operación» donde el cliente manifestaba ser consciente de ellos; (v) la sociedad demandante contrató por medio de su administrador, quien, si no comprendió el alcance de lo firmado, fue solo por no emplear la debida diligencia (reconoció que lo hizo sin leerlo más que someramente y con la creencia de que era un seguro), además de que pudo pedir asesoramiento especializado, lo que convierte el error en inexcusable; (vi) no puede fundarse la nulidad en el desconocimiento concreto del coste de cancelación, por su carácter accesorio y porque en todo caso su concreción dependía de cuando se solicitara y del precio que entonces tuviera el producto en el mercado financiero; y (vii) como consecuencia de todo ello, no puede apreciarse error esencial y excusable.

7.- La demandante-apelada ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional tanto en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como en la de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.



SEGUNDO.- El recurso se compone de un solo motivo, fundado en infracción del art. 1266 CC en relación con los arts. 1265 , 1300 CC y concordantes y con los arts. 79 bis LMV y 72 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero .

En su desarrollo se aduce, en síntesis, con cita de la doctrina sentada por esta sala en la sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014 , que los hechos probados demuestran que el banco omitió el debido test de idoneidad, lo que le impidió conocer si el *swap* era adecuado a la situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, y que tampoco ofreció a la recurrente información precontractual clara y suficiente sobre el producto, sus características y riesgos, que permitiera despejar dudas sobre lo que se contrataba, siendo al recibir la primera liquidación negativa cuando el cliente minorista fue consciente por vez primera de tales riesgos. En esta tesitura, además de que no puede recaer en la cliente las consecuencias de no haber probado el banco la existencia de dicha información, tampoco la lectura del contrato por la cliente («la única advertencia del riesgo es la que deriva de la lectura del contrato») excusa la omisión de tales deberes legales de información ni palía su incidencia en el error, pues el tal incumplimiento, si bien no equivale a la existencia de error en el consentimiento, sí que permite presumirlo. En suma, considera que, tratándose de un contrato complejo, suscrito por un cliente minorista, la mera lectura del mismo o el hecho de que el contrato tuviera un determinado contenido no excusaban al banco de informar con carácter previo sobre sus riesgos ni de asegurarse de que el producto era idóneo. Se apoya en diversas sentencias (todas las cuales se extractan) que, ante contratos similares, incluso de la misma entidad bancaria, resolvieron en sentido contrario a la sentencia recurrida (AP Salamanca, sección 1.ª de 27 de septiembre de 2011, rec. 60/201 -respecto del mismo tipo de contrato de la misma entidad Banesto , donde, según la parte recurrente, se descartó la suficiencia informativa derivada del contenido contractual y de su lectura-, Madrid, sección 19.ª, de 15 de octubre de 2012, rec. 706/2012 , Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 31 de enero de 2012, rec. 557/2011 , Asturias, sección 7.ª, de 20 de enero de 2012, rec. 419/2011 , Zaragoza, sección 5.ª, de 19 de diciembre de 2011, rec. 632/2011 , Zamora, sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2011, rec. 217/2011 , Gipuzkoa, sección 2.ª, de 29 de junio de 2012, rec. 2022/2012 , Madrid, sección 14.ª, de 8 de marzo de 2013, rec. 568/2012 y Salamanca, sección 1.ª, de 27 de julio de 2012, rec. 43/2012 . Finalmente, como ejemplo de jurisprudencia que resuelve en el mismo sentido que la recurrida se cita la sentencia de la AP Salamanca, sección 1.ª, de 15 de enero de 2013, rec. 339/2012 .

En trámite de oposición el banco ha interesado la desestimación del recurso tanto por razones de inadmisibilidad como por razones de fondo. Como causas de inadmisión alega la falta de respeto a los hechos probados, el planteamiento de cuestiones procesales ajenas a la casación, la falta de claridad del motivo y la falta de interés casacional. En cuanto al fondo, insiste en la existencia de información y en la inexistencia de error excusable alegando a este respecto, en síntesis, que, si se prescinde del intento de la parte recurrente de revisar los hechos probados, estos demuestran que se contrató un producto no especulativo cuya finalidad era estabilizar los costes financieros derivados de los préstamos suscritos con anterioridad, que a pesar de la falta de test MiFID la sociedad demandante recibió información suficiente, tanto precontractual como a través del contenido del contrato, donde se resaltó en negrita el riesgo de la operación para caso de bajada de tipos, que el contrato constaba firmado y que, si no se leyó, fue por falta de diligencia del administrador, que también pudo asesorarse antes de firmar y no lo hizo, careciendo de relevancia la falta de información sobre el concreto coste de cancelación, por su falta de esencialidad. Además, aunque la sentencia recurrida no lo recogiera expresamente, el banco considera acreditado, en virtud de la testifical de dos empleados del banco, responsable el segundo del área de tesorería, que hubo información precontractual suficiente ofrecida en sucesivas reuniones con el representante legal de la demandante en las que se analizó la situación financiera de esta entidad, se informó del producto y sus riesgos y se hicieron simulaciones -«croquis»- sobre los posibles resultados.

TERCERO.- No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida, porque el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional.

Se citan como infringidas las normas pertinentes del Código Civil en relación con las también pertinentes de la Ley del Mercado de Valores y del Real Decreto 217/2008, se cita la sentencia de esta sala más relevante sobre la materia cuando se interpuso el recurso, se contrastan los criterios de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión objeto de debate y, en fin, se respetan sustancialmente los hechos que la sentencia impugnada declara probados, hasta el punto de ser la parte recurrida, no la recurrente, quien se aparta de los mismos al prescindir de la declaración de la sentencia recurrida sobre la falta de prueba de información contractual completa y clara sobre la verdadera naturaleza del contrato, su objeto y los riesgos inherentes al mismo.

CUARTO.- Entrando, pues, a conocer del único motivo del recurso, este debe ser estimado, porque las razones por las que la sentencia impugnada rechaza el error en el consentimiento se oponen a la doctrina jurisprudencial de esta sala que comenzó con la sentencia de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y se mantiene hasta la actualidad en innumerables sentencias que, además, han perfilado esa doctrina en relación



con aspectos determinados de los *swaps* (información genérica sobre el coste de la cancelación, insuficiencia informativa del propio contenido del documento contractual, excusabilidad del error aunque quien contrata por una sociedad mercantil sea su administrador, excusabilidad del error aunque dicho administrador no se procure asesoramiento externo) de un modo opuesto a la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida (p.ej. sentencias 589/2016, de 23 de noviembre, 243/2017, de 20 de abril, y 244/2017, también de 20 de abril, sobre la presunción de falta de conocimiento del producto y sus riesgos si se omiten los test y la información precontractual; sentencias 179/2017, de 13 de marzo, y 223/2017, de 5 de abril, sobre la insuficiencia de la cláusula del condicionado general sobre aceptación de riesgos; sentencias 204/2017, de 30 de marzo, y 211/2017, de 31 de marzo, sobre la insuficiencia de la información sobre el coste de la cancelación por la situación del mercado y, en fin, sentencias 2/2017, de 10 de enero, 179/2017, de 13 de marzo y 223/2017, de 5 de abril, sobre la improcedencia de considerar inexcusable el error por el hecho de que se firme el contrato sin comprenderlo y sin buscar asesoramiento externo).

QUINTO.- En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

De conformidad con el art. 398.1 LEC, en relación con el art. 394 LEC, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 la demandante San Pablo 16-19 S.L. contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2014 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca en el recurso de apelación n.º 239/2014. **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandada Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 3 de abril de 2014 por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Salamanca en las actuaciones de juicio ordinario n.º 427/2013, que se confirma íntegramente. **4.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la parte demandada-apelante, hoy recurrida, las de la segunda instancia. **5.º-** Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. 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.