



Roj: **STS 3236/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3236**

Id Cendoj: **28079110012018100509**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2018**

Nº de Recurso: **2865/2015**

Nº de Resolución: **504/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11575/2015,**  
**STS 3236/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 504/2018**

Fecha de sentencia: 19/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2865/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2865/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 504/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2015, dictada en recurso de apelación 319/2015, de la sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 1858/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por B.S.H. Publicidad S.L., representado en las instancias y ante este tribunal por la procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de Dña. Patricia Gabeiras Vázquez, compareciendo en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A., representado por la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La entidad mercantil B.S.H. Publicidad S.L., representada por la procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón y bajo la dirección de la letrada Dña. Patricia Gabeiras Vázquez, interpuso demanda de juicio ordinario para nulidad de contratos 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 la que:

»a) Se declare la nulidad de los contratos denominados contratos sobre operaciones financieras, en concreto los contratos de permuta financiera de tipos de interés, y que fueron suscritos entre mi representada y la entidad bancaria Banesto S.A.

»b) En consecuencia con la declaración de nulidad del contrato suscrito por mis representados, que se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones derivadas de los contratos suscritos, en el sentido de que mis representados pondrán a disposición de Banesto S.A., los 1.691,93 euros percibidos, y Banesto S.A. en virtud de la declaración de nulidad deberá devolver las liquidaciones negativas abonadas por mis mandantes (en concreto, 23.281,78 euros) así como los intereses que se hubieran podido devengar de las mismas.

»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

**2.-** El demandado Banco Español de Crédito S.A. (Banesto), representado por la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere y bajo la dirección letrada de D. Javier Gilsanz Usunaga, 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:

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

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 28 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la demanda de juicio ordinario interpuesta por la procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Centro Rincón, en nombre y representación de B.S.H. Publicidad S.L., contra Banco Español de Crédito S.A. (Banco Santander S.A. en virtud de sucesión procesal) debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipo de interés de fechas 30/11/2006, 15/11/2007 y 23/11/2007, suscritos por la demandante y Banesto, con retroacción de las cantidades liquidadas y restitución de las prestaciones, condenando, en su virtud a la demandada al pago de la cantidad de 23.281,78.-?, cargada y cobrada a la accionante, con más intereses legales desde las fechas de cargo en cuenta, todo ello con restitución a la entidad interpelada de la suma de 1691,93.-?, percibida por la parte actora.

»Se imponen las costas procesales causadas a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 26 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco Santander S.A. contra la sentencia núm. 170, de 28 de octubre de 2014, del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 7 de Madrid, dictada en el juicio ordinario 1858/2011, 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».



Y en fecha 23 de julio de 2015 se dictó auto denegatorio de aclaración solicitada por la representación de la demandante cuya parte dispositiva señala:

«La sala acuerda: No haber lugar a acceder a la solicitud de aclaración o complemento de la sentencia de esta sección 19.ª, núm. 224, de 26 de junio de 2014, dictada en el rollo de apelación 319/2015 ».

**TERCERO.- 1.-** Por la entidad mercantil B.S.H. Publicidad, S.L., se interpuso recurso de casación del que se admitió solo el primer motivo basado en:

Motivo primero.- Infracción del art. 1266 del Código Civil . Interés casacional: oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Jurisprudencia que se invoca infringida: sentencias 244/2013 de 18 de abril , 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014 de 7 de julio , 387/2014 de 7 de julio , analizar la teoría del error en el consentimiento sin tener en cuenta el contexto del tráfico de productos financieros.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de abril de 2018 , se acordó admitir el recurso de casación únicamente en su primer motivo, inadmitiendo los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación e inadmitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos y se acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición al motivo de casación admitido en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el motivo primero del recurso de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de septiembre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes .**

**1.-** La demanda.

- Se formula por una sociedad limitada frente al banco (Banco Español de Crédito, hoy Banco Santander).

- Sobre nulidad de tres contratos de swap suscritos el 30 de noviembre de 2006, el 15 de noviembre de 2007 y el 23 de noviembre de 2007.

**2.-** La sentencia de primera instancia. Estimó la demanda (no consideró acreditada la información precontractual).

**3.-** La sentencia de segunda instancia. Estimó el recurso de apelación del banco demandado y desestimó la demanda.

En lo esencial, en esta sentencia se consideró suficiente la información derivada del contrato y la cláusula sobre el conocimiento del riesgo; además se impuso al cliente la exigencia de desplegar una diligencia adecuada para salir de error.

**4.-** Los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Se interpusieron por la mercantil demandante y por esta sala se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, se inadmitieron los motivos segundo, tercero y cuarto de la casación y se admitió solo el motivo primero del recurso de casación.

**Recurso de casación.**

**SEGUNDO .- Motivo primero y único.**

Infracción del art. 1266 del Código Civil . Interés casacional: oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Jurisprudencia que se invoca infringida: sentencias 244/2013 de 18 de abril , 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014 de 7 de julio , 387/2014 de 7 de julio , analizar la teoría del error en el consentimiento sin tener en cuenta el contexto del tráfico de productos financieros.

**TERCERO .- Causas de inadmisibilidad.**

Procede rechazarlas en cuanto se invoca expresamente el art. 1266 del C. Civil, en relación con la normativa del mercado de valores, lo que no supone confusión ni heterogeneidad, sino precisión normativa e integración de la normativa civil y mercantil.

Igualmente se respetan los hechos probados, manifestando la contradicción en cuanto a la información precontractual necesaria, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que era anterior a la sentencia ahora recurrida.

**CUARTO** .- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

**QUINTO**.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- 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 ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre ).

**2.-** En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

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.

**3.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al 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, 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 el Banco 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.

**4.-** La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, 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 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.

**5.-** Por todo ello es rechazable la argumentación de la sentencia recurrida, que acepta la tesis de la demandada, pese a que la propia Audiencia Provincial:

- a) Reconoce que no se informó de los efectos de la bajada del tipo de interés.
- b) Reconoce que se informó de que concurría un "aseguramiento".
- c) Reconoce que la información era suficiente aunque mejorable.
- d) Hace pivotar la obligación de información en el demandante.



e) Reconoce que el demandante carecía de información sobre productos financieros complejos.

**6.-** 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 desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia de segunda instancia, que se revoca, a fin de confirmar la sentencia de primera instancia.

**QUINTO.-** No procede imposición en las costas de la casación ( arts. 394 y 398 LEC ). Se acuerda la devolución del depósito constituido para la casación.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por B.S.H. Publicidad S.L. contra sentencia de 26 de junio de 2015, de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (rollo de apelación 319/2015 ).

**2.º-** Casar la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, confirmamos la sentencia de 28 de octubre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Madrid (procedimiento ordinario 1858/2011).

**3.º-** No procede imposición en las costas de la casación. Se acuerda la devolución del depósito constituido para la casación.

**4.º-** Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

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.