



Roj: **STS 3557/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3557**

Id Cendoj: **28079110012018100579**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2018**

Nº de Recurso: **3787/2015**

Nº de Resolución: **580/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TE 138/2015,**
STS 3557/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 580/2018

Fecha de sentencia: 17/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3787/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/10/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3787/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 580/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Ramón Sánchez S.L. representado por la procuradora D.^a Montserrat Rodríguez Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Eduardo Cid Climent, contra la sentencia n.º 49 dictada en fecha 17 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Teruel en el recurso de apelación n.º 78/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 419/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Teruel, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Ramón Sánchez S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«A) Se declare la nulidad radical por vicio en el consentimiento prestado por la demandante Ramón Sánchez S.L., y por la conducta dolosa de la demandada en la contratación de la permuta financiera que a continuación se reseña e identifica condenando a la demandada Banco de Santander S.A., a estar y pasar por la nulidad de dicho contrato, denominado:

»SWAP FLOTANTE BONIFICADO (CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPO DE INTERÉS), suscrito en mayo de 2008, por un nominal de 450.000 euros (Unidad Documental n.º 3 de esta demanda).

»B) Se condene a la demandada Banco de Santander S.A., al pago a la demandante de la cantidad de TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON DOS CÉNTIMOS (37.897,02 ?), como consecuencia de la restitución de prestaciones recibidas por las partes en el contrato reseñado en el apartado anterior, con más los intereses procesales desde la interposición de la presente demanda.

»C) Subsidiariamente a la petición contenida en el apartado A) anterior, se declare la nulidad ex art. 1.301 del Código civil, nulidad absoluta (y subsidiariamente se acuerde la nulidad relativa) del SWAP mencionado y en consecuencia, condene a la demandada a estar y pasar por la restitución de las prestaciones recíprocas, que consistirán en el pago a la demandante de la suma consignada en el apartado B) anterior TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON DOS CÉNTIMOS (37.897,02 ?), con más el interés legal desde la interposición de la presente demanda.

»D) Más subsidiariamente, se solicita que, en caso de no acordarse lo anterior, se declare la anulación del contrato Swap, porque la entidad demandada ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y al amparo del artículo 1.124, y subsidiariamente al amparo del artículo 1.101 del Código civil, se le condene a pagar a mis mandantes una indemnización por daños y perjuicios por la suma de TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON DOS CÉNTIMOS (37.897,02 ?), con más el interés legal desde la interposición de la presente demanda.

»E) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales, que deberán serle impuestas por imperativo legal».

2.- La demanda fue presentada el 11 de noviembre y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel y fue registrada con el n.º 419/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Santander S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Teruel dictó sentencia de fecha 11 de junio de 2015, con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO íntegramente la demanda de procedimiento ordinario n.º 419/2014, interpuesta por la representación procesal de "Ramón Sánchez S.L." contra "Banco de Santander S.A.", DEBO DECLARAR Y DECLARO:



»- La nulidad por vicio en el consentimiento prestado por la actora y por la conducta dolosa de la demandada en la contratación de la permuta financiera SWAP flotante bonificado, suscrito en mayo de 2008, por un nominal de 450.000 euros.

»Igualmente, ESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de "Ramón Sánchez S.L." contra el "Banco de Santander S.A." DEBO CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada al pago de la cantidad equivalente a treinta y siete mil ochocientos noventa y siete euros con dos céntimos (37.897,02 euros) más intereses legales devengados desde la interposición de la presente demanda.

»Todo ello, con expresa condena en costas procesales a la demandada, "Banco de Santander S.A."».

5.- Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 18 de junio de 2015 en el sentido de incluir en el encabezamiento de dicha sentencia el número del procedimiento.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Única de la Audiencia Provincial de Teruel, que lo tramitó con el número de rollo 78/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de noviembre de 2015, con el siguiente fallo:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Luís Barona Sanchís en representación de Banco Santander S.A. contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2015, aclarada por auto de 18 de junio de 2015, dictada en el procedimiento civil n.º 419/2014, procedente del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Teruel, se revoca la misma, cuyo fallo queda redactado de la siguiente manera:

»Desestimando la demanda formulada por Ramón Sánchez S.L. contra Banco Santander S.A., se absuelve a la entidad demandada de las pretensiones deducidas por la mercantil actora, con imposición a la parte demandante de las costas causadas en primera instancia.

»No se hace especial imposición respecto de las costas causadas en esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Ramón Sánchez S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue el siguiente:

«Al amparo de los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y de las normas procesales que rigen los actos y garantías del proceso con resultado de indefensión. Infracción de los artículos 218.2 y 316.2 LEC, por extraer conclusiones arbitrarias e ilógicas del interrogatorio de parte, que no se refirió al momento en que tomó cabal y pleno conocimiento del error padecido en la contratación».

El motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, por infracción del artículo 1301 del Código Civil y la doctrina del Tribunal Supremo establecida en sentencias STS, Sala Primera, de 24 de junio de 1897; STS, Sala Primera, de 11 de julio de 1984; STS, Sala Primera, de 27 de marzo de 1989; STS, Sala Primera de 11 de junio de 2003; que establecen como *dies a quo* para el cómputo del plazo de cuatro años para instar la acción de nulidad, la consumación del contrato, entendiéndose por tal el momento en que quedan completamente cumplidas las prestaciones contractuales entre partes. La sentencia recurrida en casación, aplica de forma incorrecta la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, que sólo es aplicable a contratos complejos en los que el momento de la consumación es indeterminado, por ser contratos de larga duración, duración indefinida, o en los que el momento de la finalización del contrato está en manos de la voluntad de una de las partes (ej. Seguro de vida *unit linked* o participaciones preferentes). En el caso de una permuta financiera de tipos de interés, de cuatro años de duración, la doctrina de la STS de 12 de enero, no es aplicable».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Ramón Sánchez S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de noviembre de 2015, por la Audiencia



Provincial de Teruel, en el recurso de apelación 78/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario 419/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Teruel.

»2. [...].

»3. Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la mercantil recurrente, ...».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 11 de septiembre de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

Se interpone recurso de casación frente a la sentencia que desestimó la demanda de nulidad de un contrato de swap por error vicio del consentimiento. La sentencia recurrida considera que cuando se interpuso la demanda (en noviembre de 2014) habían transcurrido cuatro años desde 2009, año en el que el demandante reconoció haber comprendido que el producto adquirido presentaba unas características y riesgos diferentes a los que creía cuando contrató. El recurso denuncia infracción del art. 1301 CC y de la jurisprudencia interpretativa de esa sala sobre el *dies a quo* de la acción de nulidad.

En su escrito de oposición, la demandada recurrida alega causas de inadmisibilidad. En primer lugar, razona que la jurisprudencia de la sala parte para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de 4 años del art. 1301 CC del momento en el que el contratante pudo ser consciente del error, tal y como hizo la sentencia recurrida. En segundo lugar, razona que el recurso pretende constituir a esta sala en una tercera instancia, al prescindir de la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala*

1.- Debemos comenzar refiriéndonos a los óbices de admisibilidad para rechazarlos.

a) Contra lo que dice la parte recurrida, de la doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

En la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero, esta sala ha explicitado las razones por las que debe entenderse que en contratos como el litigioso la consumación de los contratos de *swaps* debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato:

«i) En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida *unit linked multiestrategia* en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

»Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

»De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece



el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

»ii) A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

»En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

»En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia».

Existe por tanto interés casacional en el presente caso porque la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de la sala, a la que debe estarse para resolver el recurso.

b) El segundo óbice de inadmisibilidad, por su contenido, referido a lo puesto de manifiesto en el juicio por el Sr. Carlos José (administrador de la sociedad), se refiere en realidad al recurso por infracción procesal, que fue inadmitido porque la recurrente no puso de manifiesto que la sentencia hubiera incurrido en arbitrariedad o en error notorio y porque algunas de sus alegaciones constituyen cuestiones de valoración jurídicas propias del recurso de casación. Inadmitido el recurso por infracción procesal resulta ahora innecesario reiterar su inadmisibilidad y, por lo que se refiere a las consecuencias que el conocimiento del error tenga sobre el ejercicio de la acción, es cuestión jurídica que debe resolverse en el recurso de casación.

2.- La aplicación de la doctrina contenida en la citada sentencia 89/2018, de 19 de febrero, lleva a estimar el recurso de casación.

En el presente caso, las partes suscribieron el swap el 23 de mayo de 2008. La fecha de inicio de la operación era el 26 de mayo de 2008 y la de vencimiento el 26 de mayo de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso en noviembre de 2014 no había transcurrido el plazo legal para ejercitar la acción.

3.- La estimación del recurso determina que deba casarse la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, debamos resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, partiendo del presupuesto de que, por lo dicho, la acción se ejercitó dentro del plazo previsto por la ley, confirmando en este punto el criterio de la sentencia del Juzgado que ya lo entendió así.

4.- Además de la invocación de la caducidad, la demandada se alzó contra la sentencia del juzgado, que había estimado la demanda, reiterando, como ya hizo en su contestación a la demanda: 1.- Infracción del artículo 1301 del Código Civil al no considerar caducada la acción ejercitada respecto del Contrato de Permuta Financiera por el transcurso del plazo de cuatro años previsto. 2.- Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil al declarar que existe un error en las contrataciones por parte del cliente en contra de lo establecido en dichos artículos y de la jurisprudencia que los interpreta. 3.- Infracción de los artículos 316, 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, al valorar la prueba del interrogatorio de parte, testifical y documental de forma ilógica e irrazonable. 4.- Vulneración de los artículos 1311 y 1313 del Código Civil y de la doctrina general de los actos propios, reconocida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, al no declarar la existencia de una confirmación tácita en la conducta posterior a la contratación por parte de Ramón Sánchez, S.L. infringiendo lo dispuesto en dichos preceptos y su consiguiente interpretación jurisprudencial. 5.- Infracción de normativa bancaria alegada en la sentencia recurrida, al aplicarla en contra de la literalidad de su articulado y la correspondiente interpretación judicial. 6.- Vulneración de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil y



la doctrina jurisprudencial que los interpreta, al declarar la existencia de dolo por parte de la apelante. 7.- Inaplicación del principio *rebus sic stantibus*. 8.- Infracción del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al condenar la sentencia recurrida en costas a Banco Santander, S.A. cuando el caso presenta serias dudas de hecho y de derecho.

5.- Esta sala considera que no ha quedado acreditado el dolo de la demandada, sobre lo que la sentencia de primera instancia introduce una afirmación sin especial motivación al final de su fundamento sexto que a su vez lleva al fallo. Para la decisión del caso es igualmente irrelevante la mención al principio *rebus sic stantibus* contenida en el mismo fundamento de la sentencia de primera instancia y de la que no se extrae ninguna consecuencia. Pero, en cambio, esta sala considera que los razonamientos de la sentencia de primera instancia acerca de la existencia de error vicio del consentimiento son conformes con la doctrina reiterada elaborada por la Sala Primera en materia de contratos de permuta financiera o swap, por lo que procede estimar la demanda, declarar la nulidad del contrato suscrito por las partes el 23 de mayo de 2008 y condenar a la demandada al pago de 37.897,02 ? con el interés legal desde la interposición de la demanda. Todo ello por las razones que se exponen a continuación.

No consta que la demandada hubiera calificado a la demandante como cliente profesional, por lo que debemos partir de su condición de minorista. De acuerdo con la doctrina de la sala, reiterada de manera uniforme (entre otras, en sentencias 89/2018, de 19 de febrero, con todas las que allí se citan) la demandada estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Ramón Sánchez, S.L.) que le permitiera conocer los concretos riesgos del producto. Existen unos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros en el caso de que el cliente sea minorista, como en el presente lo era, que se traducen en una obligación activa que no se cumple con la puesta a disposición de la documentación contractual. La información, en especial, debe alcanzar a los riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, como la habida a partir del año 2009. Esa información es imprescindible para que el cliente pueda prestar válido consentimiento contractual porque la falta de conocimiento del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo determina una representación equivocada. El incumplimiento de los deberes de información, de acuerdo con esta jurisprudencia, permite presumir el error y lleva implícito que el cliente, de haber conocido los verdaderos riesgos y costes, incluidos los de una cancelación anticipada, no hubiera contratado (entre otras muchas sentencias, la citada).

Como dice la sentencia 400/2017, de 27 de junio, en supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los reseñados deberes de información expuestos.

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero).

Además, de acuerdo con esta jurisprudencia, el error contractual no se convalida ni hay confirmación contractual ni actos propios por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril dice: «Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado».

6.- La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial permite concluir que, frente a lo que dice la entidad apelante, la acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera, y la entidad no acredita haber informado sobre el riesgo que implicaba la contratación, ni sobre el coste de la cancelación, lo que resulta decisivo en un contrato de la complejidad del litigioso y determina la apreciación de error vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad. Ante la divergencia de declaraciones, el cumplimiento de los deberes de información no puede quedar acreditado por la mera declaración de los empleados del banco que niegan que el producto fuera ofrecido como un seguro frente a la subida de los tipos de interés cuando no se ha aportado prueba documental que acreditara que se proporcionara información precontractual ni que se



presentaran varios escenarios sobre posibles evoluciones de los tipos o sobre sus consecuencias en caso de cancelación ni tampoco se realizaron test de conveniencia o idoneidad, a pesar de que el contrato se celebrara después de la incorporación de la normativa Mifid.

La simple puesta a disposición de los contratos y la valoración de la entidad de que se trata de contratos sencillos no permite considerar cumplidos los deberes de información que incumben a la demandada y, por el contrario, la misma declaración incorporada al contrato en el sentido de que cada parte manifiesta que conoce los riesgos y no ha sido asesorada por la otra evidencia un incumplimiento de tales deberes.

Frente a esta ausencia de prueba no puede presumirse que el responsable de la entidad y su esposa, de la que dice la apelante que llevaba los temas bancarios, debieran estar informados ni por su formación ni por su actividad profesional (se trata de una sociedad dedicada al negocio de la madera).

El hecho de que el contrato impugnado celebrado en 2008 obedeciera a la reestructuración de un contrato anterior de 2007 y este a su vez de uno anterior de 2005 no permite deducir un conocimiento por parte del actor de la naturaleza de lo contratado si al contratar en ninguno de ellos se les informó de los riesgos asociados al producto, pues el coste de cancelación del primero fue de tres euros y no se cobró coste de cancelación del segundo y, como reconoce la propia entidad demandada, los resultados de los productos contratados con anterioridad fueron favorables al demandante.

7.- La declaración de nulidad por error vicio en el consentimiento determina la condena a la demandada a restituir las prestaciones recibidas que, según resulta acreditado alcanza la suma de 37.897,02 euros cargados a la demandante.

TERCERO. - *Costas y depósito*

Conforme al art. 398.2 LEC no se imponen las costas del recurso de casación. Procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en la disp. adicional 15 LOPJ.

Se imponen a la demandada las costas de primera instancia, dada la estimación de la demanda (art. 394.1 LEC), y las de la apelación, dado que el recurso de apelación debió ser desestimado (art. 398.1 LEC).

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 la representación procesal de la entidad Ramón Sánchez S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de noviembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Teruel, en el recurso de apelación 78/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario 419/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Teruel, que dejamos sin efecto.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Teruel de fecha 11 de junio de 2015 y estimar la demanda interpuesta por Ramón Sánchez S.L. contra Banco Santander S.A. en el sentido de declarar la nulidad del contrato de permuta financiera SWAP flotante bonificado, suscrito por las partes en mayo de 2008, y condenar a la demandada al pago de treinta y siete mil ochocientos noventa y siete euros con dos céntimos (37.897,02 euros) más intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

3.º- Imponer a Banco Santander S.A. las costas de la apelación y las de primera instancia.

4.º.- No imponer las costas del recurso de casación.

5.º.- Ordenar la devolución del depósito para interponer el 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.