



Roj: **STS 3969/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3969**

Id Cendoj: **28079110012018100651**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **2675/2015**

Nº de Resolución: **652/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 4ª, 08-06-2015 (rec. 275/2014),  
STS 3969/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 652/2018**

Fecha de sentencia: 20/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2675/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA. SECCIÓN 4.ª

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2675/2015

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. 652/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la mercantil Soluciones con Andamios S.L. (Solán), representada por el procurador D. Victorio Venturini Medina bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Silvia Monje González contra la sentencia n.º 262 dictada en fecha 8 de junio de 2015 por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 275/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1625/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sabadell, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Santiago García Carrillo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Soluciones con Andamios S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A. (en la actualidad Banco Santander S.A.) en la que solicitaba se dictara sentencia en virtud de la cual:

"- Se declare la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés suscrito en fecha 29 de mayo de 2008, por considerar que el consentimiento prestado por mi representada no fue válido al concurrir error esencial sobre el objeto contratado, y se proceda a la restitución de las cantidades pagadas por mi representada, que ascienden a 27.123,89.-€, más los intereses legales que correspondan, o alternativamente,

"- Se declare la responsabilidad contractual de la demandada derivada de su actuación negligente frente a mi representada, ex artículo 1101 del C.C, y se la condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, que se cuantifican en las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de la contratación del producto, y que ascienden a 27.123,89.-€, más los intereses legales que correspondan, y subsidiariamente, para el caso que no se estime la acción de responsabilidad contractual,

"- Se declare la responsabilidad de la demandada ex artículo 1903 del C.C, al haber actuado de forma negligente frente a mi representada, y se la condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados que se cuantifican en las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de la contratación del producto, y que ascienden a 27.123,89.-€, más los intereses legales que correspondan.

"- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 19 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sabadell y fue registrada con el n.º 1625/2011. 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 íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sabadell dictó sentencia de fecha 17 de septiembre de 2012, con el siguiente fallo:

"Desestimar la demanda presentada por la procuradora sra. García, en representación de la entidad Soluciones con Andamios S.L., contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., con imposición a la parte actora de las costas causadas en el pleito".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Soluciones con Andamios S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 275/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 8 de junio de 2015, con el siguiente fallo:

"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Soluciones con Andamios S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sabadell, en los autos de procedimiento ordinario número 1625/2011, de fecha 17 de septiembre de 2012, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, con imposición a la parte apelante de las costas de este recurso".

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

**1.-** Soluciones con Andamios S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Vulneración del artículo 218 LEC.

"Segundo.- Vulneración del artículo 217 LEC.

"Tercero.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva artículo 24 y a un proceso con todas las garantías".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Sobre la imposición de costas en primera y segunda instancia.

"1.1.- Infracción del artículo 394.1 LEC sobre imposición de costas, al no tener en cuenta la sentencia de alzada la existencia de dudas de hecho y derecho aun cuando existe jurisprudencia contradictoria en la materia objeto de controversia.

"2.2.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP en el pronunciamiento relativo a la imposición de costas.

"1.3.- Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la apreciación de las dudas de hecho y de derecho y la no imposición de costas.

"Segundo.- Infracción del artículo 79 de la Ley 47/2007, de Mercado de Valores, de los artículos 1101 y 1104 del C.C. y del artículo 1258 del C.C., en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad contractual y el deber de diligencia exigible de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

"Tercero.- Infracción del artículo 1902 y 1903 del C.C. sobre responsabilidad extra contractual. Oposición a la doctrina del Tribunal Supremo sobre los requisitos que configuran dicha acción.

"Cuarto.- Infracción de los artículo 1265 y 1266 del Código Civil sobre requisitos de la acción e nulidad por error en el consentimiento".

**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 11 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Soluciones con Andamios S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 8 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, en el recurso de apelación n.º 275/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1625/2011 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sabadell, en cuanto a los motivos segundo, tercero y cuarto del escrito de interposición.

"2.º) [...]

"3.º) Inadmitir el motivo primero del recurso de casación.

"4.º) 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 9 de octubre de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.- Antecedentes**

**1.-** La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos probados:



"1) El día 25 de junio de 2007, la mercantil Soluciones Andamios S.L. suscribe una operación de permuta financiera de tipo de interés por un importe de 300.000 euros y fecha de vencimiento 2 de julio de 2009 (documento 2 de la demanda al folio 56).

"2) El día 14 de mayo de 2008, la gerente de empresas de Banco Santander remite a D. Nemesio, administrador solidario de Soluciones con Andamios S.L., Profesionales en Andamios del Vallés S.L., y Alqui Construcción Cataluña S.A., un correo electrónico (documento 5 de la demanda, al folio 77), en el que le indica que como Alqui tiene un swap contractual por un nominal de 300.000 euros, con un tipo fijo del 5,06%, Profesionales tiene un swap contractual por un nominal de 300.000 euros, con un tipo fijo del 5,06%, y Solan tiene un swap contractual por un nominal de 300.000 euros, con un tipo fijo del 5,06%, teniendo en cuenta que hace meses que el Euribor está muy por debajo de este tipo cubierto, el Banco le ofrece la posibilidad de reestructurar los tres swaps, sin ningún coste y cambiarlo por un Collar con un tipo Floor de 4,65% y un Cap de 5,99%.

"3) El día 2 de junio de 2008, la mercantil Soluciones con Andamios S.L. cancela la anterior operación de permuta financiera de tipo de interés y suscribe una "Confirmación de opciones de tipo de interés collar" con fecha de vencimiento de junio de 2011 y por un importe de 300.000 euros.

"4) Se firma un Anexo: "Funcionamiento Producto Collar" en el que se explica el producto y se describen tres escenarios, uno negativo para el cliente, uno neutral y otro positivo, al folio 61.

"5) Los mismos productos son suscritos por las mercantiles Profesionales en Andamios del Vallés S.L. (documento 3 de la demanda, al folio 63), y Alqui Construcción Cataluña S.A. (documento 4 de la demanda, al folio 70), cuyo Administrador solidario es D. Nemesio, Administrador solidario de la demandante Soluciones con Andamios S.L.

"6) El día 30 de octubre de 2008, la mercantil Soluciones con Andamios S.L. suscribe un Swap ligado a Inflación (documento 4 de la contestación a la demanda, al folio 203), por un importe nominal de 100.000 euros. Se firma un Anexo que explica el funcionamiento del producto, al folio 209.

"7) El día 30 de octubre de 2008, la mercantil Alqui Construcción Cataluña S.A., suscribe un Swap de Inflación (documento 5 de la contestación a la demanda, al folio 226), por un importe nominal de 100.000 euros. Se firma un Anexo que explica el funcionamiento del producto, al folio 232.

"8) El día 29 de mayo de 2008 se cumplimenta el test de conveniencia, documento 11 de la contestación al folio 278".

**2.-** Soluciones con Andamios S.L. presenta demanda de juicio declarativo ordinario sobre nulidad de contrato y alternativamente de responsabilidad contractual contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A. en la que solicita se dicte sentencia en virtud de la cual: se declare la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés suscrito el 29 de mayo de 2008, por considerar que el consentimiento prestado por la demandante no fue válido al concurrir error esencial sobre el objeto contratado, y se proceda a la restitución de las cantidades pagadas por la actora, que ascienden a 27.123,89 euros, más los intereses legales que correspondan, o alternativamente, se declare la responsabilidad contractual de la demandada derivada de su actuación negligente frente a la demandante, ex art. 1101 del Código Civil, y se le condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, que se cuantifican en las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de la contratación del producto, y ascienden a 27.123,89 euros, más los intereses legales correspondan, y subsidiariamente, para el caso que no se estime la acción de responsabilidad contractual, se declare la responsabilidad de la demandada ex art. 1903 del Código Civil, al haber actuado de forma negligente frente a la actora, y se la condene al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados que se cuantifican en las pérdidas económicas sufridas como consecuencia de la contratación del producto y que ascienden 27.123,89 euros, más los intereses legales que correspondan.

**3.-** La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, consideró que hubo información y que la demandante no acreditó haber padecido error al contratar.

**4.-** La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirmó la sentencia de primera instancia.

Descartó en primer lugar la acción de nulidad porque la demandada informó a la actora y le dio a escoger entre continuar con la permuta que tenía contratada o reestructurarla y porque el administrador tenía conocimientos suficientes para comprender el producto que estaba contratando. La sentencia rechazó que hubiera habido dolo por parte del Banco, porque valoró que el "collar" era más favorable para la demandante que el producto que tenía contratado anteriormente y tuvo en cuenta que en ese momento la tendencia era alcista.

En segundo lugar, rechazó la acción de responsabilidad del art. 1101 CC porque consideró que si no había habido negligencia por parte de la entidad tampoco debía prosperar la acción de responsabilidad contractual.



Finalmente rechazó la acción de responsabilidad extracontractual del art. 1903 CC porque la relación jurídica existente entre las partes era contractual y porque no existió acción negligente en los empleados de la entidad.

**5.-** La demandante interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

Solo se han admitido los motivos segundo, tercero y cuarto de casación.

El Banco se opone y solicita la desestimación del recurso.

**SEGUNDO.- Recurso de casación**

**1.- Formulación del segundo motivo.** La parte recurrente denuncia infracción del art. 79 de la Ley 47/2007, de Mercado de Valores, de los arts. 1101 y 1104 CC y del art. 1258 CC, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad contractual y el deber de diligencia exigible de acuerdo con las exigencias de la buena fe. En su desarrollo razona que el Banco asumió el compromiso de que si llegado el caso el producto que contrataba le generaba pérdidas le ofrecería otro producto que mejorara su cobertura.

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación.

**2.- Desestimación del segundo motivo.** La parte pretende fundar un incumplimiento contractual de la demandada con el argumento de que el contrato debía integrarse con la obligación del Banco de cancelar el producto y ofrecer otro que no produjera liquidaciones negativas si el producto contratado le resultaba perjudicial. Fundamenta esta integración del contrato en la información precontractual que se le proporcionó y lo que argumenta es que se le prometió que si cambiaba la coyuntura económica se le ofrecería una reestructuración de forma tal que no tendría que pagar las liquidaciones negativas que resultaran del producto que contrataba. En definitiva, con invocación de la buena fe, se sostiene una interpretación de las obligaciones asumidas por la demandada que no resultan del contrato y que la sentencia recurrida, de manera razonable, a la vista del correo remitido por la entidad antes de contratar, rechazó. No es ilógica ni arbitraria la interpretación realizada por la Audiencia y, en consecuencia, se debe mantener. La Audiencia razona que la demandada informó sobre las características de los productos y dio a escoger al cliente, en un momento en que la tendencia de los tipos de interés era alcista. El que se pudiera reestructurar nuevamente el producto en el futuro no comporta la garantía al cliente de que no tendría pérdidas y que no tuviera que asumir las liquidaciones negativas del producto que se contrataba. En consecuencia, no puede hablarse de negligencia ni de incumplimiento del contrato por parte de la demandada.

**3.- Formulación del tercer motivo.** La parte recurrente denuncia infracción de los arts. 1902 y 1903 CC sobre responsabilidad extracontractual. En su desarrollo razona que la empleada dependiente de la entidad, que actuaba en el ámbito de las funciones que tenía atribuidas, actuó negligentemente, extralimitándose y facilitando una información errónea al cliente, que tuvo como consecuencia la contratación del producto y con ello las liquidaciones negativas que tuvo que asumir.

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación.

**4.- Desestimación del tercer motivo.** La parte pretende fundar una acción de responsabilidad extracontractual en el supuesto incumplimiento de un contrato por parte de la entidad, imputando a la empleada de la misma un comportamiento negligente. El contenido de la pretensión realmente es una responsabilidad por incumplimiento contractual, por lo que la acción de responsabilidad extracontractual no puede prosperar, ni hay infracción de los preceptos reguladores de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. Por lo demás, como se ha advertido al resolver el motivo anterior, no hubo incumplimiento por parte de la demandada, que es lo que se pretende hacer valer nuevamente ahora y, por lo que se dirá a continuación al resolver el motivo cuarto del recurso, la sentencia recurrida considera acreditado que no hubo falta de información por parte de la entidad.

**5.- Formulación del cuarto motivo.** La parte recurrente denuncia infracción de los arts. 1265 y 1266 CC. En su desarrollo alega que es una minorista y que el hecho de que el administrador fuera licenciado en administración y dirección en Esade y hubiera hecho un máster en Esade no presupone especiales conocimientos y experiencia en la contratación de derivados. Reitera que suscribió el "collar" bajo la firme convicción de que su contratación no le acarrearía pérdidas, y esa creencia se formó a partir de las manifestaciones que verbalmente y por escrito le efectuó la entidad.

El motivo se desestima por las razones que se exponen a continuación.

**6.- Desestimación del cuarto motivo.** 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 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras 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, 559/2015, de 27 de octubre, y 555/2017, de 11 de octubre).

La sentencia recurrida no desconoce esta doctrina y no descarta que hubiera error por el hecho de que la demandante, una empresa dedicada al alquiler de andamios, no fuera minorista, o por el hecho de que su administrador fuera licenciado y tuviera un máster. La sentencia recurrida descarta la existencia de error porque considera acreditado que sí hubo información, que se ofreció el nuevo producto para reestructurar el anterior y que el administrador tenía conocimientos para comprender el producto. Precisamente, frente a la interpretación que pretende imponer la parte recurrente, uno de los datos de los que parte la sentencia recurrida para alcanzar esta conclusión es la información remitida al cliente por la entidad, en la que se le daba a escoger entre continuar con la permuta contratada el año anterior o reestructurarla sin que, como se ha dicho al resolver el segundo motivo del recurso, pueda prevalecer la interpretación subjetiva de la parte recurrente en el sentido de que el Banco le garantizó que no tendría pérdidas.

#### **TERCERO.- Costas**

La desestimación del recurso de casación comporta que se impongan a la recurrente las costas ocasionadas por el mismo ( 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-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Soluciones con Andamios S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 8 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, en el recurso de apelación n.º 275/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1625/2011 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Sabadell.

**2.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.