

**Roj:** STS 902/2017 - **ECLI:**ES:TS:2017:902

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 1

**Nº de Recurso:** 2085/2013

**Nº de Resolución:** 179/2017

**Fecha de Resolución:** 13/03/2017

**Procedimiento:** Casación

**Ponente:** FRANCISCO MARIN CASTAN

**Tipo de Resolución:** Sentencia

## **Resumen:**

Contrato de permuta financiera («swap» de inflación). Deberes de información de la entidad de servicios de inversión. Error en el consentimiento. Reiteración de doctrina jurisprudencial (STS 727/2016, de 19 de enero).

---

## **Encabezamiento**

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la demandante Maderas Portu S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Lidia Leiva Cavero, bajo la dirección letrada de D. Ramiro Álvarez Fernández, contra la *sentencia dictada el 19 de junio de 2013 por la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en el recurso de apelación n.º 3510/2012*, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1122/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Donostia-San Sebastián, sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección letrada de D. Eneko Goenaga Egibar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 28 de noviembre de 2011 se presentó demanda interpuesta por Maderas Portu S.A. contra Banco Santander S.A. solicitando se dictara sentencia por la que:

«1º.- Con carácter principal:

».- Se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 29-07-2008 (Doc nº 2) y del contrato de confirmación de permuta financiera SWAP ligado a la inflación de 29-07-2008 (Doc nº 3 de la demanda), dejándolos sin efecto alguno ab initio, con las consecuencias restitutorias inherentes a tal pronunciamiento previstas en el art. 1303 CC y en su consecuencia se declare la nulidad de todas las liquidaciones que traigan causa de dichos contratos, con obligación de las partes de restituirse lo que hayan percibido, sin que deba abonar la actora cantidad alguna por

su cancelación.

».- Se condene a BANCO SANTANDER S.A. a estar y pasar por dichas declaraciones, a abstenerse de realizar nuevas liquidaciones y a restituir a la demandante el importe de las liquidaciones y cargos que haya percibido en virtud de dichos contratos hasta la demanda (167.123,36 &#8364;) y las que se realicen a lo largo de este procedimiento, con los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de los respectivos cargos, todo ello con expresa condena en costas a la demandada.

»2º.- De manera subsidiaria, y para el caso de que no fuere estimada la nulidad de todo el contrato se declare la nulidad y/o no incorporación a los contratos de cuantas cláusulas oscuras y/o abusivas y/o ambiguas y/o ilegibles y/o incomprensibles y/o con falta de transparencia, claridad y sencillez y/o que vulneren la normativa imperativa sobre el deber de información contengan ambos dos contratos (Doc nº 2 y 3 de la demanda) y, en particular las correspondientes a la cancelación anticipada, declarándose la resolución del contrato condenando a BANCO SANTANDER SA a las consecuencias restitutorias inherentes a tal pronunciamiento previstas en el *art. 1303 CC* , y en su consecuencia se declare la nulidad de todas las liquidaciones que traigan causa de dichos contratos, con obligación de las partes de restituirse lo que hayan percibido sin que deba abonar la actora cantidad alguna por su cancelación.

».- Se condene a BANCO SANTANDER S.A. a estar y pasar por dichas declaraciones, a abstenerse de realizar nuevas liquidaciones y a restituir a la demandante el importe de las liquidaciones y cargos que haya percibido en virtud de dichos contratos hasta la demanda (167.123,36 &#8364;) y las que se realicen a lo largo de este procedimiento, con los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de los respectivos cargos, todo ello con expresa condena en costas a la demandada».

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia-San Sebastián, dando lugar a las actuaciones nº 1122/2011 de juicio ordinario, y emplazada la demandada Banco Santander S.A., esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con expresa imposición de costas a la demandante.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- *juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 27 de julio de 2012* con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda efectuada por Maderas Portu SA contra Banco Santander SA, declarando la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y el de confirmación de Swap de 29 de julio de 2008, condenando a Banco Santander SA a pagar a Maderas Portu SA la cantidad de 167.123'36 euros a las que se deberán aplicar los intereses legales previstos en los *Arts. 1101 y 1108 CC* a contar desde la fecha de presentación de la demanda y hasta esta sentencia, sin perjuicio de la aplicación a partir de esta sentencia de los previstos en el *Art. 576 LEC* , así como al pago de los demás cargos que se hayan abonado como consecuencia de dicho SWAP con posterioridad a la presentación de la demanda, de los que se deducirán los abonos a favor de la demandante, con adición de los intereses legales previstos en los *Arts. 1101 y 1108 CC* a contar desde la fecha en que se efectuó el pago y hasta su completa devolución.

»Respecto a las costas del proceso al haber sido estimada la demanda corresponde a Banco Santander SA el pago solidario de las costas de este proceso».

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 17 de septiembre de 2012 por la existencia de error material de transcripción en relación con el pronunciamiento sobre costas. Su parte dispositiva fue:

«Se acuerda la aclaración de la presente *sentencia de fecha 27 de julio de 2012* de tal modo que en el fallo, cuando dice: "Respecto a las costas del proceso al haber sido estimada la demanda corresponde a Banco Santander SA el pago solidario de las costas de este proceso", debe entenderse «Respecto a las costas del proceso al haber sido estimada la demanda corresponde a Banco Santander SA el pago de las costas de este proceso"».

**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 3510/2012 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa*, esta dictó *sentencia el 19 de junio de 2013* con el siguiente fallo:

«Estimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Banco Santander S.A." frente a la *Sentencia de fecha 27-7-2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de esta ciudad de San Sebastián en autos de Juicio Ordinario 1122/2011, aclarada por Auto de 17-9-2012*, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos íntegramente la resolución recurrida, dictando una nueva en virtud de la cual se desestima íntegramente la demanda interpuesta por "Maderas Portu S.A." frente al "Banco Santander S.A.", con imposición de las costas procesales a la parte actora.

»No ha lugar a imposición de las costas procesales de esta alzada».

Solicitada subsanación y complemento de la sentencia por la demandante-apelante, se dictó auto de fecha 15 de julio de 2013 acordando no haber lugar a dicha petición.

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandante-apelada Maderas Portu S.A. interpuso recurso de casación al amparo del *ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC* y compuesto de un solo motivo del siguiente tenor literal:

«MOTIVO ÚNICO.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso por infracción de los *artículos 1265 y 1266.1 del Código Civil* y jurisprudencia que los interpreta.»

**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 29 de junio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida, Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al recurso solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida con condena en costas al recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 20 de Febrero 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 día 1 de marzo siguiente, 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 modalidad «swap de inflación», celebrado con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

**1.-** El 29 de julio de 2008 la hoy recurrente Maderas Portu S.A. (en lo sucesivo MP), sociedad dedicada a la compra-venta de maderas y a su elaboración y transformación, suscribió con el Banco Santander S.A. (actual parte recurrida) un contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

**2.-** El 24 de julio de 2008, y por sugerencia de la entidad financiera, las mismas partes suscribieron un contrato denominado confirmación de *swap* ligado a inflación, con un nominal de 1.000.000 euros, fecha de inicio el 28 de julio de 2008 y fecha de vencimiento el 28 de julio de 2016.

**3.-** En ejecución del contrato se giraron liquidaciones negativas por un importe total de 167.123,36 euros.

**4.-** El 28 de noviembre de 2011 MP demandó a la referida entidad bancaria solicitando con carácter principal la nulidad de los referidos contratos por error y dolo, con los efectos restitutorios del *art. 1303 CC* .

**5.-** La entidad financiera demandada se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado.

**6.-** La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los referidos contratos, condenando al banco demandado a restituir la suma de 167.123,36 euros, más intereses legales desde la demanda y procesales desde la sentencia, así como a restituir los cargos sucesivos, previa deducción de los abonos a favor de la demandante, más intereses legales desde la fecha del pago y hasta su completa devolución. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) 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; (ii) el producto se comercializó a instancia de la entidad financiera por vía telefónica, por medio de una empleada sin formación específica en este tipo de productos complejos; (iii) la cliente demandante no tenía la consideración legal de experto financiero; y (iv) como consecuencia de todo ello, existió error excusable en la prestación del consentimiento por la cliente.

**7.-** La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de la entidad bancaria, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) MP contrató con la finalidad de mejorar la estructura financiera de la empresa, al objeto de estabilizar el coste financiero que suponían salarios y arrendamientos sujetos a las fluctuaciones de la inflación; (ii) dicha entidad contrató por medio de su administrador, licenciado en empresariales y con experiencia en el terreno de la contratación bancaria; (iii) la misma entidad ya había contratado antes otros productos bancarios complejos como fondos de inversión y un «Crédito

Global para operaciones de exterior»; (iv) además, bien pudo contar con asesoramiento externo; (v) hubo información de las características del producto y de sus riesgos inherentes, recogiendo en el contrato de confirmación la declaración de la cliente por la que reconocía contratar basándose en el resultado positivo de la evaluación de idoneidad realizada por el banco «de forma implícita» en la propuesta de inversión, puesta a su disposición con anterioridad, donde se valoraron sus objetivos de inversión y sus conocimientos, experiencia y situación financiera, con inclusión de diversos escenarios posibles en función de la variación de la inflación; (vii) la demandante también fue informada por escrito de la posibilidad de cancelar anticipadamente el producto «a precios de mercado»; y (viii) como consecuencia de todo ello, no puede apreciarse error excusable.

**8.-** La demandante-apelada ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación al amparo del *ordinal 2.º del art. 477.2 LEC* .

**SEGUNDO.-** El recurso se compone de un motivo único fundado en infracción de los *arts. 1265 y 1266 CC* y de la jurisprudencia que los interpreta.

En su desarrollo se aduce, en síntesis, que los hechos probados permiten concluir que la recurrente contrató sin tener la información necesaria (en particular, la referida a la evolución previsible de la inflación) para tomar la decisión de invertir «con conocimiento de causa» en un producto complejo de esas características; que dicha información debía ser proporcionada por el banco, no pudiéndosele reprochar que no buscara asesoramiento externo; que suscribió el *swap* en la creencia de que firmaba otro tipo de operación, sin conocer sus elevados riesgos para caso de bajada de la inflación ni los costes de cancelación; y que, por tanto, incurrió en un error esencial y excusable que invalidó su consentimiento. Se apoya en diversas sentencias de *esta sala que cita y extracta (sentencias 26/1996, de 25 de enero , y 244/2013, de 18 de abril , sobre la posibilidad de examinar en casación la valoración jurídica acerca de la concurrencia o no de consentimiento viciado, y sentencia 683/2012, de 21 de noviembre , sobre consideraciones generales en materia de error vicio)*.

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 ha alegado la falta de respeto a los hechos probados y la indicación de normas no aplicables al fondo del asunto. En cuanto al fondo, ha insistido en la existencia de información y, subsidiariamente, en que, de existir falta de información, esta no sería determinante de un error vicio esencial y excusable.

En cuanto al deber de información en concreto, ha alegado que el banco no estaba obligado a informar sobre sus previsiones acerca de la evolución del Euribor ni sobre el importe concreto del coste de cancelación, que solo estaba obligado a facilitar información respecto de cómo se comportaría el contrato en diferentes escenarios posibles (siendo el Sr. Agustín «conocedor de la evolución de la inflación en el momento de la contratación»), que del examen de la documentación contractual se desprende que sí se informó tanto acerca de estos posibles escenarios (el Sr. Agustín declaró en el acto del juicio que fue incluso capaz de hacer sumas y restas ante la empleada del banco, a fin de calcular el importe de las eventuales pérdidas) como acerca de los elementos esenciales del contrato (nominal y parámetros en virtud de los cuales se determinan los pagos), y que respecto del coste de cancelación el banco solo estaba obligado a dar una información genérica y aproximada que permitiera al cliente hacerse una idea de su importe, como así se hizo, siendo suficiente «con que el cliente acudiera al dato variable aplicable a cada caso».

En cuanto a la inexistencia de error, el banco ha alegado que el incumplimiento de los deberes de información no equivale a la existencia de error vicio esencial y excusable en casos como este en que el administrador conocía de antemano el objeto y fin del contrato, es decir, la esencia del mismo, y en que, por su titulación y experiencia profesional y empresarial, aparecía capacitado para comprender los contratos, sus características y riesgos.

**TERCERO.-** No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque, conforme al criterio sentado por *esta sala en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012)*, asumido también, entre las más recientes, por las *sentencias 11/2017, de 13 de enero*, *2/2017, de 10 de enero*, y *727/2016, de 19 de diciembre*, «puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

En este caso procede aplicar dicho criterio por las razones siguientes:

1.ª) No se altera la base fáctica de la sentencia recurrida, sino que únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos.

2.ª) En el recurso se citan correctamente las normas sustantivas que se consideran infringidas, en concreto los *arts. 1265 y 1266 CC*, que atañen directamente al caso en la medida en que el problema jurídico litigioso no es otro que el posible incumplimiento de las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera y su incidencia en el error vicio.

3.ª) En consecuencia, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y no se altera la base fáctica de la sentencia, sino que únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos. Esto «ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas» (*sentencia 667/2016, de 14 de noviembre*) «adaptándose a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (*sentencia 562/2016, de 23 de septiembre*).

**CUARTO.-** Dada la identidad sustancial del presente recurso con el resuelto por la *sentencia 727/2016, de 19 de diciembre*, que a su vez expone de forma completa la jurisprudencia de esta sala sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de los contratos de *swap* posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, procede, como entonces, estimar el recurso, ya que es la misma la entidad de crédito demandada, es el mismo el tribunal sentenciador, son muy similares los argumentos de las sentencias respectivamente recurridas y, en fin, tanto los hechos probados como la fundamentación de los recursos

son asimilables en lo sustancial.

Como entonces, y sin necesidad de reproducir la jurisprudencia en que se funda la citada *sentencia 727/2016*, el presente recurso ha de ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) La información a la hoy recurrente fue por completo insuficiente. Se facilitó telefónicamente por una empleada del banco que carecía de conocimientos específicos sobre los *swap*, la gráfica que se mostró sobre la evolución de los tipos de interés omitía las previsiones de futuro y, en fin, la información sobre el coste de cancelación anticipada se limitó a indicar que sería posible «a precios de mercado», de manera que no fue sino mucho después cuando la hoy recurrente conoció sorpresivamente el coste de la cancelación (929.508 euros a 8 de octubre de 2010 y 688.907,38 euros a 4 de noviembre de 2011).

2.ª) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la *sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014*, la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable.

3.ª) El administrador de la sociedad recurrente, aunque fuera licenciado en empresariales, carecía de conocimientos especializados o experiencia previa en materia de *swaps*, y el hecho de que hubiera podido contar con asesoramiento externo no eximía al banco de cumplir adecuadamente sus deberes legales de información.

4.ª) El propio contenido del contrato de *swap* no suplía la falta de información, como tampoco lo hacía la inclusión en el contrato de una cláusula según la cual las partes manifestaban conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, fórmula predispuesta por el profesional y vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos.

5.ª) En definitiva, la información exigible para que el error sea inexcusable no puede consistir en lo que la jurisprudencia de esta sala califica de «mera ilustración sobre lo obvio».

**QUINTO.-** Dado que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre las normas citadas en el recurso, 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.

En ese sentido, no procede acoger el fundamento subsidiario del recurso de apelación del banco (motivo cuarto) referente a la no imposición de las costas de primera instancia, pues lo que exceptúa la aplicación del principio del vencimiento objetivo no es la simple existencia de dudas sino que el tribunal aprecie, y así lo razone, que se trata de serias dudas de hecho o de derecho ( *sentencia 298/2016, de 5 de mayo* ), lo que no puede deducirse automáticamente de la mera complejidad del asunto ( *sentencia 675/2015, de 9 de diciembre* ) ni de la mera existencia de resoluciones dispares de Audiencias Provinciales en esta materia, pues esto último no ha impedido a esta sala imponer las costas de primera instancia al banco demandado en litigios resueltos en esa instancia en fecha similar o incluso anterior a la fecha en que se dictó la sentencia que ahora se confirma (por ejemplo, *sentencia 694/2016, de 24 de noviembre*, que confirmó la *sentencia de primera instancia dictada con fecha 13*

de septiembre de 2011 , y sentencia 601/2016, de 6 de octubre , por la que se confirmó la *sentencia dictada en primera instancia con fecha 18 de octubre de 2011* ).

**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*, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que el recurso de apelación debió ser desestimado.

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

## **FALLO**

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-apelada Maderas Portu S.A. contra la *sentencia dictada el 19 de junio de 2013 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en el recurso de apelación n.º 3510/2012* .  
**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 parte demandada Banco Santander S.A. contra la *sentencia dictada el 27 de julio de 2012 por el magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Donostia-San Sebastián* en las actuaciones de juicio ordinario n.º 1122/2011, 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.