



Roj: **STS 3926/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3926**

Id Cendoj: **28079110012017100569**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2017**

Nº de Recurso: **575/2015**

Nº de Resolución: **591/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Chatarrería Bellagona SL, representada por el procurador Alberto Fernández Rodríguez y la entidad Banco Santander SA, representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La procuradora María Dolores Doldán Palacios, en nombre y representación de la entidad Chatarrería Bellagona SL, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, contra la entidad Banco de Santander SA, para que se dictase sentencia:

«en la que:

A) Se declare la nulidad de los cuatro contratos recogidos en los hechos, de fechas 12/2/2008 (anexo nº 1), 24/10/2008 (anexo nº 2), 17/4/2009 (anexo nº 3), y 17/4/2009 (anexo nº 4), por vicios de consentimiento, falta de causa, así como un abuso de derecho y enriquecimiento injusto.

B) Se condene a la mercantil Banco de Santander SA, a devolver a mi mandante todas las cantidades cobradas, descontando las abonadas por el banco, esto es, restituirse recíprocamente ambas partes las cantidades abonadas por cada uno, dando un saldo a favor de mi representada de 66.910'63 euros, o subsidiariamente la cantidad que resulte probada de la liquidación final, así como los intereses legales de dichas cantidades desde sus respectivos cargos, puntualizando que dicha cantidad sería a día de hoy, puesto que si se girasen nuevas liquidaciones, la cantidad variaría en función de las mismas, para el caso de que no se accediese a la medida cautelar solicitada, o recayesen las nuevas liquidaciones antes del fallo de la misma.

C) Se impongan, en todos los supuestos, las costas a la demandada».

2. El procurador Ramón de Uña Piñeiro, en representación de la entidad Banco Santander SA, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

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

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de A Coruña dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2013, con la siguiente parte dispositiva:



«Fallo: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Chatarrería Bellagona SL contra Banco de Santander S.A. y debo declarar y declaro la nulidad de los contratos suscritos entre la entidad demandante y la demandada, con la consecuente restitución de las prestaciones con los intereses desde los diversos pagos y debiendo determinarse el saldo en ejecución de sentencia mediante operaciones matemáticas, y todo ello, con imposición de costas a la demandada».

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco de Santander SA.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, mediante sentencia de 17 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Revocando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña en los autos de juicio ordinario núm. 529/11 y estimando parcialmente la demanda interpuesta por Chatarrería Bellagona SL contra Banco Santander SA, debemos declarar y declaramos la nulidad de pleno derecho de la cláusula que regula las consecuencias económicas del ejercicio por el cliente de la facultad de desistir de los dos contratos de permuta financiera de fechas 17 de abril de 2009, que vincula a las partes, que declaramos cancelados, con efectos desde la fecha de interposición de la demanda, sin coste para la demandante, condenando a la demandada a devolver las liquidaciones giradas a la actora con sus intereses, previo descuento en su caso de las que le hubieran sido abonadas, intereses incluidos, desde la fecha indicada, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación*

1. El procurador Ramón de Uña Piñeiro, en representación de la entidad Banco Santander SA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 24 CE y arts. 216 y 218.1 LEC y jurisprudencia que los desarrolla.

2º) Infracción del art. 24 CE y art. 218.1 LEC y jurisprudencia que los desarrolla.

3º) Infracción de los arts. 326 y 376 LEC ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Oposición a la doctrina jurisprudencial relativa al art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, en relación con el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

2. La procuradora María Dolores Doldán Palacios, en representación de la entidad Chatarrería Bellagona SL, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción de los arts. 316.1, 326.1, 348 y 376 LEC.

2º) Infracción de los arts. 208.2, 209, 216, 217 y 218 LEC, en relación con los arts. 120.3, 9.3 y 24.1 CE.

3º) Infracción de los arts. 316.1, 326.1 y 376 LEC, en relación con los arts. 120.3, 9.3 y 24.1 CE.

4º) Infracción de los arts. 208.2, 209, 216 y 218 LEC, en relación con los arts. 120.3, 9.3 y 24.1 CE.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 79 bis Ley del Mercado de Valores y art. 6.3 CC, en relación con arts. 1265 y 1266 del CC.

2º) Infracción de los arts. 1265, 1266.1 y 1300 CC y art. 79 bis).3 de la Ley del Mercado de Valores ».

3. Por diligencia de ordenación de 13 de febrero de 2015, la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, tuvo por interpuestos los recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.



4. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Chatarrería Bellagona SL, representada por el procurador Alberto Fernández Rodríguez y la entidad Banco Santander SA, representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

5. Esta sala dictó auto de fecha 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Chatarrería Bellagona, S.L. y por la representación procesal del Banco de Santander, S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 531/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 523/2011, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de La Coruña».

6. Dado traslado, las respectivas representaciones procesales de las entidades Chatarrería Bellagona SL y Banco Santander SA, presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El día 12 de febrero de 2008, Chatarrería Bellagona, S.L. concertó con Banco Santander un contrato marco de operaciones financieras y una permuta financiera de tipos de interés (swap flotante), por un nocional de 100.000 euros. La fecha de inicio del swap era el 18 de febrero de 2008 y la de terminación el 18 de febrero de 2010.

El día 24 de octubre de 2008, Chatarrería Bellagona, S.L. concertó con Banco Santander otro tipo de swap, denominado Opción de tipos de interés Collar con barrera knock-out en el cap y barrera knock-in en el floor, por un importe nominal de 1.000.000 euros. La duración del contrato era dos años: debía ir del 27 de octubre de 2008, al 27 de octubre de 2010.

Estas dos operaciones fueron canceladas el día 17 de abril de 2009, en que se firmaron sendos contratos de permuta financiera, uno por un importe de 100.000 euros y otro por un importe de 1.000.000 euros, que sustituyeron a aquellos dos primeros swaps. La duración de ambas operaciones financieras era del 20 de abril de 2009 al 20 de abril de 2012.

Cuando Chatarrería Bellagona, S.L. comunicó a Banco Santander su intención de cancelar anticipadamente las dos permutas financieras, el banco le advirtió que el coste de la cancelación a esa fecha, 21 de mayo de 2010, sería de 4.923 y 53.244 euros, respectivamente.

A fecha 20 de enero de 2011, el saldo de los swaps concertados por Chatarrería Bellagona, S.L. le era negativo en 66.910,68 euros.

2. Chatarrería Bellagona, S.L. interpuso una demanda en la que pedía la nulidad de las cuatro permutas financieras concertados con Banco Santander por error vicio en el consentimiento, por falta de causa, por abuso de derecho y por enriquecimiento injusto. La nulidad por error vicio se basaba en el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa MiFID sobre los productos financieros complejos concertados, sus riesgos y los costes de cancelación.

La demanda también pedía la condena de Banco Santander a devolver las cantidades cobradas, descontadas las abonadas por el banco, esto es, a restituirse recíprocamente ambas partes las cantidades abonadas por cada una de ellas.

3. El juzgado de primera instancia estimó la demanda. Apreció que había habido incumplimiento de los deberes de información, al no haberse acreditado por el banco que hubiera sido suministrada la información sobre el producto financiero y sus riesgos, y que, consiguientemente, se había prestado el consentimiento con error. Declaró la nulidad de ambos contratos por error vicio y ordenó la restitución recíproca de las prestaciones, esto es, de las liquidaciones practicadas.

El juzgado rechazó que la concertación de las dos permutas financieras de 17 de abril de 2009, que supuso la cancelación de las dos anteriores, constituyeran actos propios que convalidaran los negocios afectados por el vicio de nulidad.



4. Apelada la sentencia de primera instancia por Banco Santander, la Audiencia estimó en parte el recurso.

La sentencia de apelación entiende que no ha quedado probado que los contratos de swap concertados por Chatarrería Bellagona, S.L. estuvieran vinculados a un contrato principal de préstamo hipotecario, de lo que deduce que tenían un carácter especulativo. También razona que de la demanda podía entenderse que se había reconocido tácitamente «que las personas firmantes del contrato tenían conocimiento de que lo que estaban firmando no era un seguro para la cobertura de tipos de interés, y que realmente lo que imputaban al banco -a sus empleados- es que tenía conocimiento de que los contratos iban a resultar siempre beneficiosos para ellos y perjudiciales para la sociedad actora, pues eran conscientes y sabedores de la futura e inmediata bajada del Euribor».

Sobre la base de lo anterior, la Audiencia rechaza que pudiera haber habido error vicio sobre la base del siguiente razonamiento:

«Aún reconociendo la complejidad de este tipo de contratos, y la posición de mayor conocimiento, en cuanto a su operatividad y funcionamiento, por la demandada, dada su condición de profesional del sector financiero, la alegada incomprensión de sus términos por las demandantes no puede ser considerada suficientemente integradora del invocado error del consentimiento, porque, con independencia de que no sea habitual la firma de un contrato en general, y menos un contrato bancario, sin que el contratante se asesore o conozca su contenido, en modo alguno puede entenderse que el error sea esencial o excusable, siempre en la medida en que, aunque pudiera existir tal error (en todo caso no acreditado) puede fácilmente evitarse con una mínima diligencia consistente en la lectura de las cláusulas del mismo, y ponderar su alcance, antes de firmarlo, o, en último caso, posponer su firma hasta asesorarse de un tercero que le explicara su contenido, y, en caso de no comprenderlo, o encontrarlo perjudicial para sus intereses, no firmarlo».

En consecuencia, revoca el pronunciamiento de primera instancia que acordaba la nulidad de los cuatro contratos de swap por error vicio.

No obstante lo anterior, aprecia que las cláusulas de vencimiento anticipado de los dos contratos de permuta financiera concertados el día 17 de abril de 2009 son nulas, porque no informan sobre las consecuencias económicas del desistimiento del contrato para el cliente.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida por ambas partes. Cada una de ellas centra su impugnación en el pronunciamiento que le perjudica. Los dos recursos de Chatarrería Bellagona, S.L. afectan, de una parte, a la desestimación de la nulidad de las cuatro permutas financieras, y de otra al alcance temporal de los efectos de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Por su parte, los recursos de Banco Santander impugnan el pronunciamiento que declara la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de 17 de abril de 2009.

Analizaremos en primer lugar los recursos de Chatarrería Bellagona, S.L., porque de ser estimados en lo que respecta a la nulidad de los cuatro contratos de swap por error vicio del consentimiento, en ese caso, carecería de interés la resolución de los dos recursos de Banco Santander.

6. En su escrito de oposición a los recursos de Chatarrería Bellagona, S.L., Banco Santander, opone con carácter previo motivos de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal. Las causas de inadmisión invocadas, en este momento de dictar sentencia, en la medida en que no son absolutas sino relativas, deben ser examinadas al resolver cada uno de los motivos.

Así, la «falta absoluta y manifiesta de fundamento» que atribuye a los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, porque con ellos se pretende una revisión de la prueba practicada y de los razonamientos seguidos por la Audiencia, en este momento de dictar sentencia, no requiere un tratamiento previo al examen de cada motivo, sino que debe ser examinada con cada uno de ellos.

Banco Santander también pide que se examine con carácter previo la inadmisión del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal, porque incurre en dos defectos: se alega al mismo tiempo vulneración de las reglas de la carga de la prueba y la propia valoración de la prueba; y se achaca la falta de motivación sin que conste previamente una solicitud de aclaración o complemento. Ambas objeciones debían ser analizadas, en su caso, al examinar el motivo, por su carácter relativo y no objetivo.

Por desgracia, este tribunal viene observando que con relativa frecuencia las partes recurridas abusan en la invocación de causas de inadmisión, con carácter previo al examen de la procedencia de los distintivos motivos del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal. La invocación de estas causas debía ser algo muy excepcional y, en cualquier caso, debería limitarse a causas de inadmisión objetivas, de acuerdo con la doctrina que expusimos en el auto de 6 de noviembre de 2013 ( nulidad de actuaciones de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ). Las otras causas pueden y deben ser alegadas al examinar cada uno de



los motivos, pero no con carácter previo. Un uso abusivo de esta facultad de invocar motivos de inadmisión, para que sean examinados con carácter previo al análisis pormenorizado de la procedencia de cada motivo, podría dar lugar a que esta sala advirtiera mala fe en la parte recurrida.

**SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal de Chatarrería Bellagona, S.L.*

**1. Formulación del motivo primero.** El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales con producción de indefensión para esta parte. En concreto, se alega la infracción de los arts. 316.1, 326.1, 348 y 376 LEC, por haberse llevado a cabo una errónea valoración de la totalidad de la prueba (documental, interrogatorios de parte, testifical y pericial), lo que ha provocado indefensión para el demandante. Esta valoración de la prueba afectaría a la falta de información contractual suficiente para el entendimiento de los productos, de los riesgos asumidos, y de los costes de cancelación, así como de la falta de idoneidad de los productos para el demandante.

Se impugna que la sentencia haya declarado que no quedaba probado que ninguno de los cuatro contratos de swap estuvieran vinculados a un contrato principal de préstamo hipotecario, y que de ello hubiera deducido que eran de carácter especulativo, cuando la prueba mostraba que los primeros swaps, que fueron sustituidos por los dos posteriores, estaban vinculados uno a la póliza de descuento de 100.000 euros y el otro al leasing de un importe total de 1.000.000 euros.

También se impugna que la sentencia declara que en la demanda se reconoce, al menos tácitamente, «que las personas firmantes del contrato tenían conocimiento de que lo que estaban firmando no era un seguro para la cobertura de tipos de interés, y que realmente lo que imputaban al banco -a sus empleados- es que tenía conocimiento de que los contratos iban a resultar siempre beneficiosos para ellos y perjudiciales para la sociedad actora, pues eran conscientes y sabedores de la futura e inmediata bajada del Euribor». Cuando la lectura del escrito no conduce a esta conclusión.

El motivo también achaca a la sentencia de la Audiencia que no haya valorado correctamente el resto de las pruebas documentales, testificales y periciales practicadas. Y, después, lleva a cabo una valoración de estas pruebas.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo primero.** En muchas ocasiones hemos insistido en que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia.

Pero también hemos advertido que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero).

Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya incurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla tasada de valoración de la prueba.

En nuestro caso, como explicamos a continuación, lo que se impugna es mayormente la valoración jurídica, que no es objeto de este recurso, amén de que se postula una valoración de la totalidad de las pruebas practicadas, que tampoco está justificada por este cauce.

En realidad los dos únicos hechos que declara probados la sentencia de apelación y respecto de los que se impugna la valoración de la prueba, no tienen relevancia suficiente como para justificar la nulidad de la sentencia. Además no impiden la impugnación de la valoración jurídica sobre la no apreciación del incumplimiento de los deberes de información y su incidencia sobre la nulidad por error vicio.

Respecto del primer hecho, la sentencia de apelación afirma que no queda probado que los contratos de swap estuvieran vinculados a un contrato de préstamo hipotecario, y de ello deduce que eran de carácter especulativo. En realidad, la primera apreciación no deja de ser cierta, pues ninguno de los contratos estaba vinculado a un contrato de préstamo hipotecario, sin perjuicio de que lo pudieran estar a una póliza de descuento de hasta 100.000 euros y a un contrato de leasing de 1.000.000 euros. La conclusión de que se trataba de contratos de carácter especulativo es jurídica, y, además de que se puede impugnar en el recurso de casación, en este caso carecerá de relieve, como tendremos oportunidad de exponer al resolver la casación.

En cuanto al segundo hecho, que en la demanda tácitamente se reconoce que los firmantes conocían que lo que firmaban no era un seguro, resulta irrelevante, pues al margen de la calificación del contrato, lo importante



era si, al tratarse de un producto financiero complejo, se suministró la información necesaria al cliente sobre las características del producto y sus concretos riesgos, entre los que se encontraba el coste de las cancelaciones anticipadas.

**3. Formulación del motivo segundo** . El motivo se funda en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En concreto se alega la infracción de los arts. 208.2 , 209 , 216 , 217 y 218 LEC , en relación con los arts. 120.3 , 9.3 y 24.1 CE , porque afirma:

«esta parte ha probado todas sus pretensiones sobradamente, sin que se haya valorado adecuadamente conforme a la lógica y a la razón, siendo arbitraria, inverosímil y contraria al buen sentido: careciendo la sentencia impugnada de una motivación adecuada en dicho sentido, sin valorar la prueba y las normas reguladoras de su carga conforme a las reglas de la sana crítica, siendo contradictoria con los razonamientos contenidos en las valoraciones no sólo de esta parte, sino del propio juzgador de instancia. Resultando incluso incongruente por ello, siendo tales infracciones determinantes del fallo de la sentencia recurrida. La sentencia adolece de falta de motivación racional y adecuada a la prueba practicada en autos, resultando tales infracciones determinantes del fallo de la sentencia recurrida. Todo ello en relación a la falta de información contractual suficiente para el entendimiento de los productos, de los riesgos asumidos y de los costes de cancelación de los mismos, así como la falta de idoneidad de los mismos para la demandante, e incluso vulnerando el principio de justificación rogada y congruencia, dado que la sentencia de instancia cuestiona la falta de relación de los contratos impugnados con operaciones bancarias previas, cuestión que no ha sido alegada ni siquiera por la parte demandada».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**4. Desestimación del motivo segundo** . La formulación del motivo es confusa, pues mezcla diferentes infracciones, como es la falta de motivación, la de las reglas de la carga de la prueba, la incongruencia y la defectuosa valoración de la prueba, con el ánimo de que este tribunal vuelva a juzgar como si de una tercera instancia se tratara. Ya sólo por esta razón debíamos desestimar el motivo.

Si nos centramos en el ordinal invocado, la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, debemos excluir las cuestiones relativas a la valoración de la prueba, y centrarnos en lo que constituye el núcleo de la formulación del motivo, que es la falta de motivación. La referencia a la incongruencia no se hace con el sentido propio de incumplimiento del deber de congruencia de las sentencias, sino en relación con una supuesta inconsistencia de los razonamientos aportados, que en su caso podría guardar relación con la motivación.

Como en otras ocasiones, debemos partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de la exigencia constitucional de la motivación de las sentencias y de la jurisprudencia de esta sala, tal y como la hemos recordado en otras ocasiones ( sentencia 26/2017, de 18 de enero , que cita la sentencia 662/2012, de 12 de noviembre ):

«El Tribunal Constitucional ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE ), cumpliendo la exigencia de motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión ( SSTC 108/2001, de 23 de abril , y 68/2011, de 16 de mayo ).

»De este modo, "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella" ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo , y 736/2013, de 3 de diciembre )».

La sentencia recurrida, frente a la pretensión de nulidad por error vicio en el consentimiento de los cuatro contratos de swap, contiene una motivación de su desestimación. Al margen de que no haya tenido en cuenta que en ningún momento ha quedado acreditado que se hubiera cumplido con los deberes de información precontractual exigidos por la normativa MiFID, lo que puede ser motivo para que se recurra en casación la sentencia, la Audiencia explica por qué, a su juicio, no existió error vicio. Su razonamiento es el siguiente:



«Aún reconociendo la complejidad de este tipo de contratos, y la posición de mayor conocimiento, en cuanto a su operatividad y funcionamiento, por la demandada, dada su condición de profesional del sector financiero, la alegada incompreensión de sus términos por las demandantes no puede ser considerada suficientemente integradora del invocado error del consentimiento, porque, con independencia de que no sea habitual la firma de un contrato en general, y menos un contrato bancario, sin que el contratante se asesore o conozca su contenido, en modo alguno puede entenderse que el error sea esencial o excusable, siempre en la medida en que, aunque pudiera existir tal error (en todo caso no acreditado) puede fácilmente evitarse con una mínima diligencia consistente en la lectura de las cláusulas del mismo, y ponderar su alcance, antes de firmarlo, o, en último caso, posponer su firma hasta asesorarse de un tercero que le explicara su contenido, y, en caso de no comprenderlo, o encontrarlo perjudicial para sus intereses, no firmarlo».

Se puede estar de acuerdo o no con este razonamiento, pero no se puede negar que la Audiencia haya mostrado las razones de su decisión.

Con ello, la sentencia recurrida colma la exigencia constitucional de motivación que, ya hemos recordado en otras ocasiones, «no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que pueda ser escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución » ( sentencias 297/2012, de 30 abril ; 523/2012, de 26 de julio ; 13/2016, de 1 de febrero , y 26/2017, de 18 de enero ).

**5. Formulación del motivo tercero .** El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales generando indefensión para el demandante. E impugna la errónea valoración de la prueba documental, testifical e interrogatorio de parte, que lleva a concluir a la Audiencia lo siguiente:

«La sociedad demandante, a través de su Administradora y de su gerente, llegaron a un acuerdo con el Banco demandado para la cancelación de los dos primeros contratos, de fechas 12 de febrero de 2008 y de 24 de octubre de 2008, como también estuvieron conformes con las cantidades que debían de abonar al cliente como importe de la cancelación anticipada de los contratos. Dichos hechos hay que considerarlos como actos propios concluyentes que impiden que ahora se pueda examinar si las cláusulas de cancelación anticipada de los mismos incurren en vicios de nulidad, puesto que inequívocamente dichas personas admitieron que el cálculo de los gastos derivados de la cancelación anticipada estaban correctamente realizados».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**6. Desestimación del motivo tercero .** Debemos partir de la jurisprudencia de esta sala sobre la revisión de la valoración de la prueba por el cauce del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , que hemos reproducido en el apartado 2 de este fundamento jurídico.

De acuerdo con esa doctrina, desestimamos este motivo porque se impugna una valoración jurídica, la que llevó al tribunal de apelación a apreciar actos propios en la cancelación de los dos primeros swaps, como consecuencia de la firma de los dos que les sucedieron, el día 17 de abril de 2009, respecto del eventual error vicio en la concertación de aquellos dos primeros swaps. Esto, como es el caso, debe ser analizado al resolver el recurso de casación.

**7. Formulación del motivo cuarto .** El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Se denuncia la infracción de los arts. 208.2 , 209 , 216 y 218 LEC , porque la sentencia carece de motivación adecuada cuando acota «los efectos de la nulidad de las cláusulas que regulan la facultad de desistimiento de los dos contratos de 2009 a la fecha de interposición de la demanda, y no desde el inicio mismo de dichos contratos, siendo contradicho dicho pronunciamiento con los razonamientos contenidos en la prueba de esta parte y del propio juzgador de instancia».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**8. Desestimación del motivo cuarto .** Reiteramos la doctrina que respecto de la motivación de las sentencias hemos expuesto en el apartado 4 de este fundamento jurídico. Y sobre la base de esa doctrina desestimamos el motivo, porque se pretende contra-argumentar la improcedencia de limitar los efectos de la nulidad declarada por la Audiencia de las dos cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de 17 de abril de 2009, para que este tribunal resuelva en otro sentido, lo que excede del margen de revisión que permite este motivo legal del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo argumentado en la sentencia resulta suficiente para cumplir con el deber constitucional de motivación, pues muestra la razón de la decisión.



En cualquier caso, como veremos este motivo afecta a un pronunciamiento cuya validez resulta irrelevante como consecuencia de la estimación del recurso de casación, y en concreto de la apreciación de la nulidad de los cuatro contratos por error vicio en el consentimiento.

### **TERCERO. Recurso de casación**

**1. Formulación del motivo primero** . El motivo denuncia la infracción del art. 79 bis LMV, en relación, por un lado con el art. 6 CC y de otro con los arts. 1265 y 1266 CC . Respecto de estos últimos, el recurso razona:

«Se ha producido una infracción de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , toda vez que la entidad demandada no facilitó la información necesaria para el entendimiento de los productos, de los riesgos asumidos y de los costes de cancelación de los mismos, así como la falta de idoneidad de los mismos, que permita prestar un consentimiento no viciado al cliente. (...) Dicha falta de información determina la nulidad del contrato según lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del Código Civil al recaer dicho error sobre un elemento esencial del contrato cómo es la naturaleza del contrato y las consiguientes obligaciones que asumían las partes, no siendo imputable el mismo a la parte actora».

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Estimación del motivo primero** . Cuando Chatarrería Bellagona, S.L., que tiene la condición de inversor minorista, concertó el contrato de permuta financiera, en febrero y octubre de 2008, los dos primeros, y en abril de 2009 los otros dos que los sustituyeron, ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MiFID.

Constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores 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 , y 559/2015, de 27 de octubre ].

**3.** 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 reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» ( sentencia 559/2015, de 27 de octubre ).

Por ello, la entidad financiera demandada (Banco Santander) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Chatarrería Bellagona, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, incluido los derivados de la cancelación anticipada.

La sentencia de primera instancia declaró que el banco no había acreditado que hubiera llevado a cabo una información previa a la firma de los contratos en la que hubiera explicado de forma clara y adecuada al cliente en qué consistía el swap y sus concretos riesgos. La sentencia de apelación entiende acreditado que los representantes de la demandante eran conocedores de que no estaban concertando un seguro, y que los swaps no estaban ligados a un préstamo hipotecario. Pero en ningún momento declara acreditado que el banco hubiera cumplido con los deberes de información del art. 79 bis.3 LMV. Por lo que hemos de partir de que en la instancia no se ha acreditado que el banco hubiera cumplido con estos deberes de información.

De hecho, la argumentación empleada para desestimar el error vicio no parte del cumplimiento de esos deberes de información, sino de una concepción del alcance de estos deberes y de la conducta del cliente en la contratación, que contradice la jurisprudencia de esta sala.

Como hemos declarado en otras ocasiones, estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, y en el presente lo era, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual ( sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero ; y 489/2015, de 16 de septiembre ). Además, no bastaba una información de cómo operaba el producto, sino también de los





concretos riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, así como de la onerosidad del ejercicio de la cancelación anticipada, de lo que no queda constancia que fuera informado el cliente.

**4.** También volvemos a reiterar que la existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC ). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

**5.** El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como los cuatro swaps contratados por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

**6.** Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» ( sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 ).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir de noviembre de 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.



7. En contra de lo argumentado por la Audiencia, el error sobre los eventuales riesgos del producto y sobre la onerosidad del coste de cancelación, afectan a elementos esenciales y son relevantes.

La apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

8. Por otra parte, la firma de las dos permutas financieras de 17 de abril de 2009, que sustituyeron a las dos anteriores, no constituye ninguna confirmación de aquellos contratos viciados de nulidad, de acuerdo con nuestra jurisprudencia.

La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento ha sido compendiada en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, y reiterada en otras posteriores, como la sentencia 105/2017, de 17 de febrero. En esas sentencias hacíamos una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio:

«Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC».

La sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también recordaba que la «confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil».

En este caso, no consta que la firma de los contratos de 17 de abril de 2009 se hubiera hecho con plena consciencia del error vicio en que se había incurrido al firmar los dos contratos anteriores, que en ese momento se cancelaban, ni tampoco que se fuera consciente del riesgo que se asumía con los dos nuevos contratos de swap.

9. La estimación del motivo primero hace innecesario entrar a examinar el resto de los motivos del recurso de la demandante. Conlleva la casación de la sentencia de apelación en el sentido de acordar la desestimación total del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

#### **CUARTO.** Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de Banco Santander

Los dos recursos de Banco Santander afectan al pronunciamiento de la sentencia de apelación que, después de haber desestimado la solicitud de nulidad de los cuatro swaps por error vicio, estimó la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de los dos contratos de 17 de abril de 2009. En la medida en que la estimación del recurso de casación de la demandante ha supuesto la estimación de la acción principal de nulidad de los cuatro swaps por error vicio, deviene en irrelevante la impugnación de Banco Santander, pues aunque se llegara a estimar, carecería de efecto útil.

#### **QUINTO.** Costas



1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Chatarrería Bellagona, S.L., imponemos a la recurrente las costas de generadas por su recurso ( art. 398.1 LEC )
2. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso ( art. 398.2 LEC ).
3. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Santander, imponemos a la apelante las costas de su recurso ( art. 398.2 LEC ).
4. En la medida en que no ha sido necesario entrar a analizar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de Banco Santander, no procede hacer expresa condena en costas.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Chatarrería Bellagona, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 5ª) de 17 de julio de 2014 (rollo 531/2013 ), que conoció de la apelación interpuesta por Banco Santander contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña de 13 de septiembre de 2013 (juicio ordinario 523/2011). **2.º-** Estimar el recurso de casación formulado por Chatarrería Bellagona, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 5ª) de 17 de julio de 2014 (rollo 531/2013 ), que casamos y dejamos sin efecto. **3.º-** Desestimar el íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Santander contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de 13 de septiembre de 2013 (juicio ordinario 523/2011), que cuya parte dispositiva confirmamos. **4.º-** Imponer a Chatarrería Bellagona, S.L. las costas de su recurso extraordinario por infracción procesal, y no hacer expresa condena de las costas generadas por su recurso de casación con devolución del depósito constituido para recurrir. **5.º-** Imponer a Banco Santander las costas de su recurso de apelación ( art. 398.1 LEC ). **6.º-** Declarar que, como consecuencia de la estimación del recurso de casación de Chatarrería Bellagona, S.L., resulta innecesario resolver los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de Banco Santander, sin que hagamos expresa condena en costas con devolución del depósito constituido para recurrir. 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.