

Roj: **STS 550/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:550**Id Cendoj: **28079110012017100099**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/02/2017**Nº de Recurso: **456/2014**Nº de Resolución: **84/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Servamed S.L., representada por el procurador D. Emilio Martínez Benítez, bajo la dirección letrada de D.ª Ángeles Olmedo Naranjo, contra la sentencia núm. 480/2013, de 19 de diciembre, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 6946/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 599/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

**1.-** La procuradora D.ª Inmaculada Ruiz Lasida, en nombre y representación de Servamed S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...]se declare la nulidad de los contratos de fecha 28 de abril de 2008 y 29 de octubre de 2009, denominados swap flotante bonificado y swap tipo fijo escalonado, respectivamente, y por ende, nulidad de las liquidaciones efectuadas y practicadas con obligación de restitución recíproca de las cantidades abonadas entre las partes hasta el día de hoy, y las sucesivas que se vayan devengando, así como los intereses devengados desde el abono de las mismas, y costas».

**2.-** La demanda fue presentada el 28 de marzo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla, fue registrada con el núm. 599/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

**3.-** La procuradora D.ª Mauricia Ferreira Iglesias, en representación de Banco de Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla dictó sentencia núm. 118/2013, de 29 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando la demanda promovida por la Procuradora Sra. Ruiz Lasida, en nombre y representación de la mercantil SERVAMED,S.L., contra la mercantil BANCO SANTANDER,S.A.:

a) Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de los contratos de fecha 28 de abril de 2008 y 29 de octubre de 2009 suscritos entre las partes, denominados swap flotante bonificado y swap tipo fijo escalonado,



respectivamente, aportados como documentos nº 4 y 5 de la demanda y, en su consecuencia, se declara la nulidad de las liquidaciones efectuadas y practicadas en los mismos.

b) En su consecuencia, debo **CONDENAR Y CONDENO** a la entidad demandada a que reintegre al actor, mediante su pago, de un lado, en la suma de SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO EUROS CON TREINTA Y OCHO CÉNTIMOS (77.238,38 euros), producto de las liquidaciones y compensaciones practicadas en relación al contrato de fecha 28 de abril de 2008, y de otro, en la cantidad que resulte como consecuencia de las liquidaciones y compensaciones derivadas del contrato de fecha 29 de octubre de 2009, lo que habrá de determinarse, en su caso, en ejecución de sentencia.

c) Debo **CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a que abone al demandante los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución, al tipo de interés legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad demandada

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada»

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

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 6946/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO SANTANDER S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Sevilla en el Juicio Ordinario número 599/11 con fecha 29/5/13 , que se revoca y con desestimación de la demanda absolvemos a la recurrente de las pretensiones contenidas en su contra.

No se hace pronunciamiento alguno con respecto a las costas causadas en ambas instancias».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Inmaculada Ruíz Lasida, en representación de Servamed S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción por aplicación indebida de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil , norma que se infringe por existir error como vicio en el consentimiento, de acuerdo a la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

»Segundo.- Art. 477.1 y 477.2.1º LEC . Se denuncia la infracción por aplicación indebida de la normativa de Mercado de Valores, norma que se infringen por su no aplicación, de exigencia de deber de información y transparencia; y error en los conceptos de profesional y minorista cometiendo infracción de la Directiva MIFID 2004/39/CE.

»Tercero.- Art. 477.1 y 477.2.1º LEC . Se denuncia por infracción la incorrecta aplicación de los artículos 1.301 del Código Civil y ss . sobre la nulidad de los contratos.

»Cuarto.- Art. 477.1 y 477.2.1º LEC . Se denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 216 y 217 de la LEC .

»Quinto.- Art. 477.1 y 477.2.1º LEC . Se denuncia la infracción por aplicación indebida el artículo 218 de la LEC .

»Sexto.- Art. 477.1 y 477.2.3º LEC , por presentar interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, concretamente a la interpretación del vicio del error en el consentimiento en swap».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Servamed, S.L. contra la Sentencia dictada el 19 de diciembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª) en el rollo nº 6946/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 599/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Sevilla».



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

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 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 9 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 28 de abril de 2008, la compañía mercantil Servamed S.L. concertó con Banco Santander S.A. un contrato denominado «swap flotante bonificado», con un nominal de 2.500.000 € y un plazo de duración de cuatro años.

El 29 de octubre de 2009, las mismas partes suscribieron un contrato denominado «swap tipo fijo escalonado», con un nominal de 2.500.000 € y un plazo de duración de cinco años.

2.- Servamed formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad de los mencionados contratos por vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) No hubo información precontractual suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto; (ii) La simple inclusión en los contratos de fórmulas estereotipadas sobre el conocimiento de los riesgos no supone cumplimiento de las obligaciones legales de información; (iii) No se informó al cliente sobre las consecuencias de una bajada de los tipos de interés; (iv) Como consecuencia de ello, el cliente incurrió en error esencial y excusable al contratar, al no poder ser consciente de los riesgos inherentes al contrato. En su virtud, estimó la demanda.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La empresa demandante tiene cierta relevancia en el tráfico mercantil y experiencia en productos financieros; (ii) Antes ya había contratado un producto de naturaleza análoga; (iii) La actora únicamente denuncia el contrato cuando empieza a recibir liquidaciones negativas; (iv) No puede apreciarse error excusable. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

### SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso. Admisión parcial.*

1.- Servamed interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en un seis motivos.

El primer motivo denuncia infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que los interpreta.

El segundo motivo alega vulneración de la normativa del Mercado de Valores y error en los conceptos de profesional y minorista contenidos en la Directiva MiFID 2004/39/CE.

En el motivo tercero se aduce infracción del art. 1301 CC.

En el motivo cuarto se denuncia infracción de los arts. 216 y 217 LEC.

El motivo quinto denuncia infracción del art. 218 LEC.

El motivo sexto alega infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error vicio en los contratos de swap.

2.- La parte recurrida se opone a la admisión del recurso de casación y alega que está defectuosamente formulado. Es cierto que el recurso no está planteado con la técnica casacional que sería deseable, pero ello no conlleva su completa inadmisibilidad, sino que únicamente debe dar lugar a la inadmisión de algunos de los motivos.

Los motivos cuarto y quinto son directamente inadmisibles, porque no denuncian la infracción de normas sustantivas, sino de normas procesales, lo que es impropio del recurso de casación y, en su caso, deberían haber dado lugar a un recurso extraordinario por infracción procesal. Por ello, no tendrían que haber superado la fase de admisión y en este trámite deben desestimarse, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de que los motivos de inadmisión devienen en motivos de desestimación.

Los motivos primero y tercero están correctamente formulados, en cuanto que identifican adecuadamente las normas legales que consideran infringidas, relativas al error en la prestación del consentimiento y sus consecuencias anulatorias y se relacionan con la jurisprudencia recaída en la materia. El motivo tercero identifica los preceptos de la Ley del Mercado de Valores que considera infringidos, especialmente los arts. 78



bis y 79 bis y los conecta con la Directiva MiFID. E igual sucede con el motivo sexto, en que se cita la sentencia del Tribunal Supremo que se considera infringida.

**3.-** En suma, se ratifica la admisión de los motivos primero, segundo, tercero y sexto. Y en la medida que, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala, el incumplimiento de los deberes legales de información hace presumir el error en el consentimiento, se resolverán conjuntamente.

**TERCERO.-** *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

**1.-** La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

**2.-** Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan ( art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene ( sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

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

**1.-** Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre ).



**2.-** En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial ni siquiera llega a afirmar que se ofreciera información al cliente, sino que únicamente presume que, como se trata de una empresa con cierta relevancia en el tráfico mercantil, debería tener conocimientos financieros suficientes para entender el producto. Además, supone que como se concertó un previo contrato de swap que no es objeto del procedimiento, el cliente conocía el mecanismo contractual, pero como no consta que en ese caso sí fuera debidamente informado, no puede hacerse tal suposición.

En todo caso, lo más significativo es que no se da como probado que el cliente fuera debidamente informado y advertido, expresa y suficientemente, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas del euríbor.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada ( sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero ). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

**3.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». No se trata de que el Banco de Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

**4.-** La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.



5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

**QUINTO.-** *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Banco de Santander S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

## FALLO

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

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Servamed S.L. contra la sentencia núm. 480/2013, de 19 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8ª, en el recurso de apelación núm. 6946/2013 . 2º.- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia núm. 118/2013, de 29 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sevilla , en el juicio ordinario núm. 599/2011, que confirmamos íntegramente. 3º.- Imponer a Banco de Santander S.A. las costas del recurso de apelación. 4º.- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. 5º.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.,

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

Así se acuerda y firma.