



Roj: **STS 5154/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5154**

Id Cendoj: **28079110012015100668**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2015**

Nº de Recurso: **1830/2012**

Nº de Resolución: **674/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2859/2012,**
STS 5154/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por "Banco de Santander, S.A.", representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido por el letrado D. Ernesto Benito Sancho, contra la sentencia núm. 131/2012 dictada el veintinueve de febrero de dos mil doce, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, en el recurso de apelación núm. 904/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1271/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida "Construcciones Zabalandi, S.L.", representado ante esta Sala por el procurador D. Juan Carlos Estevez Novoa y asistido por la letrada D^a Pilar Lanza Puente.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- La procuradora D^a Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de "Construcciones Zabalandi, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco de Santander, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la que:

»- *Se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos con la demandada descritos en los hechos y denominados "Permuta Financiera de Tipos de Interés In arrears"; "Swap diferido Plus"; "Swap Bonificado Escalonado Con Barrera Knock-In In Arrears"; "Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knoc.-In In Arrears"; "Swap Bonificado Escalonado Con Barrera Knock-In In Arrears"; "Swap Bonificado Reversible Media"; "Swap In Arrears con cap con K.O" y "Swap Bonificado Reversible Media", contrato marco de operaciones financieras indicado en ellos, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de la nulidad, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada.*

»- *Subsidiariamente, que se declare la nulidad o subsidiariamente se anulen y en cualquier caso se dejen sin efecto las siguientes cláusulas:*

»- *las relativas a los importes pagaderos fijados por el cliente, debiendo abonar en esos casos el cliente el mismo importe variable que el banco.*

»- *las relativas a los costes y causas de cancelación anticipada del contrato, permitiendo y acordando, de admitirse esta pretensión, la cancelación o resolución anticipada de los contratos sin coste alguno para las partes.*



»- *Que se impongan las costas a la parte contraria*».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 23 de septiembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 12 y fue registrada con el núm. 1271/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, en representación de "Banco de Santander, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dictar en su día sentencia por la que desestime íntegramente la misma y absuelva a mi mandante de todos los pedimentos que en ella se consignan, con expresa imposición de costas a la actora y con todo lo demás que en Derecho proceda»*.

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, La Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao dictó sentencia núm. 151/2011 de fecha veinte de junio de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: *«FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de la mercantil Construcciones Zabalandi, S.L., frente a Banco Santander, S.A., representada por el procurador de los tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, debo declarar y declaro la nulidad de la totalidad de los contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, así como de los oportunos intereses desde la fecha de cada liquidación efectuada»*.

»Se imponen las costas a la parte demandante» .

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Banco de Santander, S.A.". La representación de "Construcciones Zabalandi, S.L." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao, que lo tramitó con el número de rollo 904/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 131/2012 en fecha veintinueve de febrero de dos mil doce , cuya parte dispositiva dispone: *«FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander, S.A. contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 12 de los de Bilbao en el juicio ordinario nº 1271/10 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos las costas del recurso a la parte apelante»*.

»La confirmación de la resolución recurrida conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, que será transferido por el Secretario Judicial a la cuenta de depósitos de recursos desestimados».

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

SEXTO.- El procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, en representación de "Banco de Santander, S.A.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Único.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 316 , 326 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de la Jurisprudencia relativa a la presunción iuris tantum de la validez de los contratos y al carácter excepcional de los vicios del consentimiento, así como por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla.»

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación de los mismos».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas, existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida



a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002, 9 de mayo de 2005, 25 de septiembre de 2006 y 27 de septiembre de 2007 ».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha veintiuno de mayo de dos mil trece, cuya parte dispositiva es como sigue: «1º) Admitir el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil "Banco Santander, S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 29 de febrero de 2012, por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 904/2011, dimanante del juicio ordinario nº 1271/2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao.

»2º) Entréguese copias del escrito de interposición de los recursos admitidos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que, en el plazo de veinte días, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».

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

NOVENO.- Por providencia de 5 de octubre de dos mil quince, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 12 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- " Banco Santander, S.A." (en adelante, Banco Santander), a través de su sucursal en Basauri, ofreció a "Construcciones Zabalandi, S.L." (en lo sucesivo, Construcciones Zabalandi) la suscripción de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y, en desarrollo del mismo, un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap de tipos de interés), que fue concertado en julio de 2004. El primer contrato de swap fue sustituido por otro, también de swap, antes del vencimiento estipulado, y así ocurrió en varias ocasiones, siendo las condiciones de los nuevos contratos concertados más beneficiosas para Banco Santander que las de los contratos que eran cancelados anticipadamente. El último de tales contratos se firmó en el año 2007.

Los empleados de Banco Santander aconsejaron a Construcciones Zabalandi la contratación de dicho producto financiero para garantizar una protección frente a posibles subidas de los tipos de interés y para proporcionar financiación que asegurara la liquidez de la empresa. Los documentos contractuales no fueron facilitados a Construcciones Zabalandi con anterioridad a la suscripción de los sucesivos contratos, sino en el propio acto de la firma. En ellos se contenían las menciones del tipo de «[l]as partes manifiestan conocer y aceptan los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Es preciso que el titular adquiera el producto con un juicio fundado sobre el riesgo de su cobertura y sobre las expectativas de evolución del activo subyacente, asumiendo que podrá obtener una rentabilidad negativa de su cobertura en caso de que la evolución del activo subyacente sea contraria a la esperada. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta Operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos» o « el cliente sigue expuesto a tipos de interés variables, lo que significa que está asumiendo el riesgo de una eventual subida de tipos de interés. Este producto es consistente con una visión de tipos de interés relativamente estables».

Asimismo, se estipulaba que « las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente ».

Durante los años 2005 a 2008, inclusive, las liquidaciones positivas o negativas fueron de una cuantía moderada (positivas de 3.628,39 en 2005, 4.343,50 en 2007, 12.708,75 en 2008, negativa de 20.623,37 en 2006). A partir del año 2009 se empezaron a producir elevadas liquidaciones negativas contra el cliente, que en el año 2009 sumaron un total de 88.602,28 euros y en el año 2010 habían alcanzado la cantidad de 61.427,36 euros, en total 149.972,37 euros. Ante ello, Construcciones Zabalandi pretendió cancelar el contrato de swap entonces en vigor, y Banco Santander le exigió para ello la cantidad de 200.000 euros.

2.- Construcciones Zabalandi interpuso demanda en septiembre de 2010 en la que solicitaba la declaración de nulidad de los contratos de permuta financiera concertados con Banco Santander, con recíproca devolución de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos y sus intereses.



El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda pues consideró que concurría el error en el consentimiento alegado por Construcciones Zabalandi, dado que creyó que contrataba un seguro para evitar los riesgos derivados de la subida de los tipos de interés cuando en realidad convino un contrato especulativo de alto riesgo; que el error era sustancial, pues recaía sobre la obligación principal del contrato y a la característica de alto riesgo del producto, y no era imputable a quien lo padeció, pues la entidad bancaria venía obligada a suplir el desconocimiento del cliente ofreciendo una información completa sobre los riesgos asumidos; y, por último, existía un nexo causal entre el error y la finalidad del negocio perseguido.

3.- Banco Santander recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial dictó sentencia en la que desestimó el recurso.

Consideró que los contratos cuya nulidad había interesado Construcciones Zabalandi habían sido redactados unilateralmente por Banco Santander y que el cliente solo pudo firmarlos, sin haberlos podido estudiar, examinar o asesorarse con terceros con anterioridad. Fue Banco Santander quien por propia iniciativa ofreció a Construcciones Zabalandi la suscripción de estos contratos para ponerse al amparo de una eventual subida del euríbor. Y fue, asimismo, Banco de Santander quien tomó la iniciativa de sustituir unos contratos por otros, ofreciendo al cliente la suscripción de los contratos o productos nuevos en sustitución de los anteriores, con anterioridad a la fecha de vencimiento del contrato inmediatamente precedente, siendo distintas las condiciones de unos contratos y los que les sustituían, con diferencias incluso muy llamativas, pasando de un nominal de 30.000 euros a otro de 3.000.000 de euros. Los contratos empleaban términos no habituales para un profano, tales como "Tipo Barrera Knock-In", "Tipo Cap", "Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In in arrears" y otras de semejante tenor. Los contratos establecían la posibilidad de la cancelación anticipada del producto, con advertencia de que la misma se realizaría a precios de mercado, sin mayor precisión.

La Audiencia, además de asumir los razonamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, consideró que no solo no se había probado que Banco Santander informara al cliente con la suficiente extensión y claridad de la naturaleza y contenido de dichos contratos, de lo que se comprometía al suscribirlos y de los riesgos que corría o podía correr, tanto por una eventual bajada del euríbor, cuanto si finalmente decidía cancelarlos, sino que, por el contrario, los empleados del Banco de Santander presentaron siempre al cliente un escenario en todos los casos favorable para los intereses de este, como se constataba en las notas manuscritas aportadas junto con la demanda, sin que constara que en algún momento se hubiera redactado un cálculo similar con resultado negativo para Construcciones Zabalandi. Por añadidura, la única prueba que se había practicado en el acto del juicio fue la declaración testifical de los sucesivos directores de la oficina de Banco Santander donde se celebraron los contratos que, en un principio y por razones obvias, se habían de presumir tendencialmente favorables a la recurrente, si bien, añadía la Audiencia, en ocasiones perjudicaban incluso al propio Banco, como cuando estos empleados manifestaron que solo el Banco tenía la facultad de convertir el producto si le iba mal, teniendo el cliente solo la posibilidad de cancelarlo a precios de mercado; que no recordaban si explicaron que, según los casos, "podía tener que pagar", o que el precio de cancelación de los productos era absolutamente desconocido a la fecha de redacción de los respectivos contratos de "swaps".

Añadía la Audiencia que la cláusula sobre "conocimiento de los riesgos de la operación" que incluían los contratos era una cláusula de estilo, introducida unilateralmente en el contrato por parte del Banco, habiendo serias dudas de que el cliente ni siquiera la conociera, dado que los contratos se le presentaron por primera vez el día de la firma con el solo objeto de llevar a cabo esta.

Afirmaba también la Audiencia que, al renunciar el letrado de Banco Santander al interrogatorio del administrador de la demandante, provocó que este no pudiera explicarse debidamente sobre las circunstancias en que se produjo la firma de los contratos, sobre lo que se le explicó y dejó de explicársele sobre ellos, sobre si conocía o no que era un contrato especial, de alto riesgo y meramente especulativo, etc, lo que obligaba a tener por cierto lo manifestado en el escrito de demanda sobre este particular, que no había sido rebatido con pruebas concluyentes, pues no lo era la declaración testifical de sus empleados que gestionaron los "swaps" al ser parte interesada.

Finalizaba la Audiencia afirmando que el mero hecho de que a Construcciones Zabalandi le hubiera costado la « *nada despreciable cifra* » de casi 150.000 euros la aplicación de unos contratos respecto de los que no tomó iniciativa alguna y que le presentó a la firma Banco Santander que era, a la postre, la beneficiaria de ese dinero y que, además, si quería cancelarlos, le hubiera costado otros 200.000 euros más, buena parte de los cuales se quedaría también el Banco, obligaba por sí solo a tratar este tema con las cautelas necesarias y siempre presumiendo el error excusable del cliente sobre la esencia de estos contratos, por ser tan ajenos a su actividad ordinaria en el ramo de la construcción y a los productos bancarios habituales en ella como préstamos, líneas de crédito, descuentos de papel, etc.



4.- Banco Santander ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y recurso de casación, basado en tres motivos.

SEGUNDO.- Rechazo de la causa de inadmisión alegada por la parte recurrida. El cómputo del plazo para recurrir en los supuestos previstos en el art. 215.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

1.- Construcciones Zabalandi se opone a la admisión de los recursos porque, alega, han sido interpuestos una vez transcurrido el plazo previsto en los arts. 470.1 y 479.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación al art. 215.5 de dicha ley , pues dicho plazo se ha computado desde la notificación del auto en que se denegó la solicitud de aclaración de la sentencia, sin tomar en consideración que la solicitud de aclaración se formuló cuando habían transcurrido cuatro días desde la notificación de la sentencia.

2.- La cuestión que plantea la recurrida al alegar esta causa de inadmisión es si el plazo para interponer los recursos solamente se suspende y, por tanto, a partir del auto que concede o deniega la rectificación, aclaración o complemento solamente se cuentan los días que restaban cuando se presentó la solicitud, que es lo propuesto por la recurrida con base en el art. 215.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , o si el plazo se cuenta de nuevo íntegramente desde la notificación de dicho auto, lo que tendría un apoyo claro en los arts. 448.2 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil y 267.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Esta Sala, con base en la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la STC 90/2010, de 15 de noviembre , ha establecido que las resoluciones aclarada y aclaratoria, o denegatoria de la aclaración (y lo mismo cabría decir cuando lo solicitado es la rectificación de error material o complemento) se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada, por lo que se ha entendido tradicionalmente que en la determinación del *dies a quo* o día inicial para el cómputo del plazo de un recurso contra una resolución que ha sido objeto de solicitud de aclaración, rectificación o complemento, se debe tomar necesariamente en consideración la fecha de la notificación de la resolución que dé respuesta a tal solicitud, estimándola o denegándola, lo que se tiene apoyo en el tenor literal de los arts. 448.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 267.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , habiendo sido este último objeto de reforma mediante Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en la que se mantiene el criterio de iniciar el cómputo del plazo para el recurso desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración, rectificación o complemento.

Así lo hemos declarado en los autos de 4 de octubre de 2011 y 22 de abril de 2014.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, debe rechazarse la causa de inadmisión alegada.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- Formulación del motivo del recurso.

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente título: « *Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 316 , 326 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible* ».

2.- La infracción se habría cometido por incurrir la Audiencia Provincial en un error patente, manifiesto y notorio en la valoración de los medios de prueba.

CUARTO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

1.- La invocación del error notorio o del carácter ilógico y arbitrario de la valoración de la prueba no es sino una excusa formal que encubre la discrepancia de los recurrentes con las conclusiones probatorias, perfectamente razonables y adecuadamente razonadas, a que ha llegado la Audiencia Provincial, que confirma a su vez las alcanzadas por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

2.- No acaba de entenderse cómo ha podido la Audiencia Provincial infringir el art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que valora la prueba de interrogatorio de parte, cuando Banco Santander renunció a la práctica de esta prueba y el interrogatorio de la demandante no llegó por tanto a realizarse.

3.- El error notorio y patente en la valoración de la prueba testifical consistiría en haber hecho caso omiso a las declaraciones testimoniales de los empleados de Banco Santander, pese a la « *claridad y rotundidad* » de tales testimoniales, algunas de las cuales resultaron « *reveladoras* », que calificaron al administrador de la demandante como una persona experimentada, un empresario diligente.



La valoración de esta prueba hecha por la Audiencia entra dentro del ámbito de la sana crítica en la valoración de la prueba testifical, en la que una de las cuestiones determinantes de la fuerza probatoria de la declaración del testigo es la relación que pueda tener con alguna de las partes y el interés directo o indirecto que pueda tener en el asunto. Y en este caso, los testigos eran los empleados del banco demandado responsables de la sucursal en la que se ofreció a la demandante la celebración del contrato de swap y que por tanto estaban obligados a suministrarle la información que la demandante afirma que no le fue facilitada. En tales circunstancias, considerar insuficiente la declaración de estos testigos para acreditar que se facilitó a la demandante una información adecuada de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofertaba no solo no es irracional y arbitraria, sino que es perfectamente lógica. En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, esta Sala afirmaba que « *no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado* ». Por tanto, difícilmente puede considerarse que la afirmación de la Audiencia sea ilógica e irracional.

Por otra parte, las afirmaciones de los testigos sobre la suficiencia y corrección de la información facilitada, y otras similares, cuya no aceptación por la Audiencia considera la recurrente que supone una valoración arbitraria de la prueba, constituyen en lo sustancial juicios de valor jurídicos, que no procede siquiera tener por realizados (art. 368.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4.- Banco Santander, en su recurso, reproduce algunas partes de los contratos para justificar que la información que se suministró a la demandante fue correcta. Considera que las cláusulas del contrato advertían claramente del funcionamiento de la permuta financiera, siendo ilógica e irracional la valoración que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial para afirmar lo contrario.

Dado que no existe controversia sobre cuál es el contenido de los documentos contractuales, una valoración de ese tipo es jurídica, no fáctica, por lo que excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- Alega también la recurrente que la demandante conocía el riesgo de los contratos porque los firmó y en ellos aparecía la siguiente mención: « *Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta Operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos* » .

Este argumento no es atendible. Esta Sala ha declarado en numerosas ocasiones que este tipo de menciones predispuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponente (sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y núm. 265/2015, de 22 de abril , entre otras). La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente.

6.- La parte sustancial de las alegaciones impugnatorias contenidas en este motivo se refieren no tanto a la valoración de los medios probatorios que permitan fijar los hechos controvertidos como a la valoración jurídica de los hechos, sobre los cuáles no existen especiales discrepancias, y, como se ha dicho en relación al contenido de los documentos contractuales, tal cuestión excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

7.- Por otra parte, se denuncian cuestiones que no afectan propiamente a la valoración de la prueba, a la que se ciñe el motivo del recurso, sino a aspectos ajenos a esta, como es el caso de las supuestas contradicciones o errores en la motivación de la sentencia, lo cual es ajeno a la infracción identificada en el encabezamiento del motivo.

8.- Como se desprende de lo expuesto, la recurrente ha realizado una mezcla heterogénea de impugnaciones y he pretendido replantear la totalidad de las cuestiones litigiosas, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, lo que es incompatible con el ámbito, el carácter extraordinario y la exigencia de precisión propia de este recurso.

Recurso de casación.

QUINTO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación.

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe: « *Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de la Jurisprudencia relativa a la presunción iuris tantum de la validez de los contratos* »



y al carácter excepcional de los vicios del consentimiento, así como por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla».

2.- Los argumentos en que basa la recurrente el motivo son, sucintamente, que los preceptos invocados han resultado infringidos porque la sentencia es contraria a la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos, omite el carácter excepcional y restrictivo de los vicios del consentimiento, no exige los requisitos de esencialidad, excusabilidad y nexo causal necesarios para apreciar el error invalidante, y realiza una valoración jurídica errónea de los hechos probados.

SEXTO.- Decisión de la Sala. El error en la contratación de productos y servicios de inversión.

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de intereses por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias num. 384/2014 y num. 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, y 610/2015, de 30 de octubre, entre otras.

Por tanto, la sentencia recurrida no es contraria a la corriente jurisprudencial que aprecia la nulidad de los contratos sobre productos complejos de inversión, como es el caso del llamado "swap" de intereses, cuando el incumplimiento por la empresa de inversión de los deberes de información que le impone la normativa reguladora del mercado de inversión ha determinado el error sustancial y excusable del cliente que no es profesional de dicho mercado.

2.- La recurrente utiliza un argumento circular para sostener su afirmación de que la sentencia recurrida ha vulnerado la presunción *iuris tantum* de validez de los negocios jurídicos impugnados: la anulación de los contratos por la concurrencia de un error vicio supone que la Audiencia Provincial no ha partido de la eficacia y validez de los mismos, puesto que si lo hubiera hecho, no habría apreciado el error vicio.

Lo que debe combatir justamente el recurso es la apreciación de ese error vicio realizada por la Audiencia Provincial, pero no argumentar que esa apreciación supone desconocer la eficacia y validez que debe suponerse a los contratos.

Aunque alguna de las expresiones de la Audiencia sobre este particular no son afortunadas, la lectura conjunta y cabal de la misma muestra con claridad que es concorde con la jurisprudencia de esta Sala, que ha afirmado respecto de la contratación en el ámbito de la normativa del mercado de valores por parte de clientes no profesionales, que el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 560/2015, de 28 de octubre, entre otras).

3.- La Audiencia Provincial justifica la existencia de error vicio invalidante del consentimiento mediante argumentos que expresa en su sentencia y mediante la asunción expresa de los argumentos contenidos en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, muchos de los reproches que se hacen a la sentencia de la Audiencia Provincial desconocen esta complementariedad de ambas sentencias.

En contra de lo afirmado por la recurrente, está sobradamente justificada la esencialidad del error, al recaer sobre la naturaleza y riesgos de los contratos concertados, presuposiciones básicas sobre las que la demandante prestó su consentimiento. También el carácter excusable, puesto que Banco Santander debió suministrar información clara, no engañosa, imparcial y con suficiente antelación, que permitiera comprender al administrador de Construcciones Zabalandi, que no era experto en la contratación de productos financieros complejos como es el caso de los swaps, las características más relevantes de tales contratos y la envergadura de los riesgos que estaba asumiendo, sobre todo en el caso de que los tipos de interés bajaran, y en caso de que pretendiera cancelar anticipadamente los contratos. Y está justificado el nexo causal entre el error y



la suscripción del contrato, no solo por expresarse de modo claro en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, asumida por la Audiencia Provincial, sino porque en el razonamiento de la sentencia es obvio que si la demandante no hubiera incurrido en tal error, no hubiera celebrado unos contratos que le suponían riesgos muy graves de los que no era consciente.

4.- El enfoque y tratamiento que la Audiencia hace de la cuestión es correcto. Dijimos en las sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 enero de 2015, que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de « *asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]* ».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos.

La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « *informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes* ».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

« 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].
3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos ».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : « *Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos* ».



5.- El contrato de swap es un contrato complejo, difícil de entender para quien no sea un contratante experto en este tipo de productos financieros. El administrador de Construcciones Zabalandi sería un diligente empresario en el ámbito de la construcción y estaría familiarizado con los contratos bancarios usuales tales como préstamos, pólizas de crédito, de descuento, y similares. El contenido del documento contractual, en contra de lo afirmado por Banco Santander en su recurso, no es comprensible para una persona del perfil de la demandante, que no era experta en este tipo de productos financieros complejos, y la normativa citada obligaba a suministrar una información precontractual clara, imparcial y no engañosa, con suficiente antelación, que no hay prueba de que fuera facilitada. Con la simple lectura del documento contractual no es posible que una persona no versada en este tipo de productos financieros comprenda no solo la naturaleza del contrato que está suscribiendo sino, sobre todo, los riesgos en los que está incurriendo para el caso de que baje el tipo de interés de referencia o pretenda cancelar anticipadamente el contrato para evitar las graves pérdidas que en tal caso se producen. Por eso es necesario que la entidad bancaria que ofrece el producto facilite información clara, no engañosa, imparcial y suministrada con suficiente antelación para que el cliente la pueda estudiar y comprender.

Las propias menciones predisuestas contenidas en el contrato, relativas a que la cliente « *no ha sido asesorada por la otra parte [esto es, el Banco] sobre la conveniencia de realizar esta Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos* », son claramente indicativas de que Banco Santander se desentendió de facilitar a la demandante las informaciones necesarias sobre la naturaleza y riesgos del producto, pese a estar obligado a ello.

El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , « *la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente* ».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

6.- Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no 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 demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.



7.- En el caso objeto del recurso, el relato fáctico sentado en la sentencia recurrida muestra que la demandante no recibió la información exigida en la normativa a que se ha hecho referencia, lo que le provocó un error de carácter sustancial al versar sobre la naturaleza y riesgos del producto, que ha de considerarse excusable por ser obligación del banco recurrente haber informado adecuadamente.

8.- El carácter esencial del error viene determinado por recaer justamente sobre aquellos extremos del contrato sobre los que la normativa del mercado de valores exige a las empresas que trabajan en este mercado que informen a sus clientes, en concreto la naturaleza y riesgos del producto que les ofertan.

9.- Tampoco es correcta la afirmación de que la sentencia no justifica la existencia del nexo causal entre el error y la formalización del contrato, puesto que no solo tal justificación es explícita en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, asumida por la de apelación, sino que además, de la sentencia de la Audiencia se desprende que fue Banco Santander quien, con el incumplimiento de sus deberes de información, indujo a la demandante a contratar un producto financiero complejo y arriesgado que a la postre le causaría pérdidas muy graves. Es lo que algunas sentencias de esta Sala han calificado como "error heteroinducido". La exposición de la cuestión en la sentencia muestra que se trata de una cuestión obvia, que no necesita de una especial justificación, a la vista de cómo se desarrollaron los hechos, de la naturaleza del producto, de la actuación de Banco Santander y del perfil del administrador de la demandante, el que se establece en las sentencias de instancia, no el que pretende sentar Banco Santander en su recurso de casación, modificando la base fáctica del litigio.

SÉPTIMO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación.

1.- El segundo motivo del recurso de casación lleva por título: « *Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación de los mismos* ».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la Audiencia Provincial infringe los preceptos citados al no considerar subsanado el error cuando habían pasado más de siete años desde la suscripción del primero de los contratos, se habían suscrito ocho contratos y la demandante había recibido cuantiosas liquidaciones a su favor sin haber manifestado queja alguna, por lo que se habría producido la confirmación de los contratos y la demandante, al interponer la demanda de nulidad, estaría yendo contra sus propios actos.

OCTAVO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato anulable o de contradicción con los actos propios.

Esta Sala ha declarado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos (que en este caso fueron propuestos por Banco Santander de modo que los nuevos contratos contenían condiciones que le eran más favorables que aquellos a los que sustituían), 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.

No se produce una contradicción con los actos propios que infrinja el art. 7.1 del Código Civil porque estos actos no tienen carácter inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación, confirmando el negocio concertado por error y sorprendiendo a Banco Santander en su buena fe.

NOVENO.- Formulación del tercer motivo del recurso de casación.

1.- Este tercer motivo se encabeza con el siguiente epígrafe: «*Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas, existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002 , 9 de mayo de 2005 , 25 de septiembre de 2006 y 27 de septiembre de 2007* ».

2.- Esta infracción se habría producido porque la sentencia de la Audiencia Provincial justificaría la nulidad de los contratos sobre el incumplimiento de la normativa administrativa, contrariando la jurisprudencia que afirma que tal incumplimiento no determina siempre la nulidad del contrato.

DÉCIMO.- Decisión de la Sala. Manifiesta falta de fundamento del motivo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la sentencia de la Audiencia Provincial fundan la nulidad del contrato en la existencia de error vicio que invalida el consentimiento de la demandante. La infracción



de la normativa reguladora del mercado de valores, que no solo tiene un carácter administrativo sino que sirve también para integrar la reglamentación de los contratos privados que se celebran en este ámbito de la contratación, imponiendo deberes que las empresas de inversión deben observar en la contratación con sus clientes, solo sirve como parámetro para determinar el carácter sustancial del error, en cuanto que esta normativa permite identificar elementos esenciales de estos contratos (naturaleza, características y riesgos) sobre los que debe informarse al cliente para que preste un consentimiento válido al contrato, y para afirmar el carácter excusable del error.

En consecuencia, ninguna infracción, por aplicación incorrecta, ha podido cometerse del art. 6.3 del Código Civil puesto que el mismo no ha sido aplicado.

UNDÉCIMO .- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 131/2012 de fecha veintinueve de febrero de dos mil doce, dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección cuarta, en el recurso de apelación núm. 904/2011.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.