



Roj: **STS 5157/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5157**

Id Cendoj: **28079110012015100671**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2015**

Nº de Recurso: **1248/2012**

Nº de Resolución: **623/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 814/2012,**  
**STS 5157/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora Myriam Garrido Rodríguez.

Es parte recurrida la entidad Deltavi S.L., representada por el procurador Manuel Infante Sánchez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora María Boulandier Frade, en nombre y representación de la entidad Deltavi S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria, contra la entidad Banco Santander, S.A., para que se dictase sentencia:

*"por la que estimando la demanda:*

*1.- Declare nulo el Acuerdo Marco de Operaciones Financieras formalizado con fecha de 26 de abril de 2008 (sic) por inexistencia de consentimiento contractual.*

*Subsidiariamente, y sólo para el caso de que no se aprecie la inexistencia de consentimiento, declare nulo el Acuerdo Marco por error en el consentimiento.*

*2.- Declare nulo el contrato de permuta financiera de tipo de interés (swap flotante bonificado) formalizado con fecha 26 de abril de 2008 (sic) por inexistencia de consentimiento contractual y el aval del mismo.*

*Subsidiariamente, y solo para el caso de que no se aprecie la inexistencia de consentimiento, declare nulos los contratos de permuta financiera de tipo de interés y el aval del mismo por error en el consentimiento.*

*3.- Declare no incorporados al Acuerdo Marco y al Contrato de Permuta Financiera las cláusulas que se expresan en el fundamento derecho VIII por su complejidad, su oscura redacción e imposible comprensión.*

*4.- Declare abusivas, y por tanto nulas, las cláusulas referenciadas en el fundamento de derecho IX.*



5.- Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, declare también la nulidad del Acuerdo Marco de Operaciones Financieras y sus anexos; así como del Contrato de Permuta Financiera y su anexo por inexistencia de objeto contractual, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico XI.

6.- Como consecuencia de las declaraciones de nulidad, ordene la restitución de las prestaciones y condene a pagar a Banco Santander S.A. la cantidad de 65.733,69 €, siendo ésta la correspondiente al saldo final resultantes de las liquidaciones devengadas del contrato de permuta financiera; así como declare la exoneración de las que estuvieran pendientes y de las que pudieran devengarse en el futuro.

7.- Imponga las costas a la demandada:".

2. La representación procesal de la parte actora presentó escrito de ampliación de demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que estime las pretensiones ya ejercitadas en la demanda, así como las siguientes:

1º) Incremente la cantidad solicitada en la demanda (producto de la liquidación del contrato de swap) en la suma de 21.380,02 €.

2º) Ordene que mi representada sea excluida del RAI."

3. La procuradora Iratxe Damborenea Agorria, en representación de la entidad Banco Santander, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda con la imposición de las costas a la actora."

4. El Juez de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria dictó Sentencia con fecha 29 de abril de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que, desestimando la demanda formulada en solicitud de declaración de nulidad contractual y reclamación de cantidad por la procuradora Sra. Boulandier Frade, en nombre y representación de la entidad mercantil Deltavi S.A. contra la también mercantil Banco Santander S.A. debo absolver y absuelvo libremente a la entidad demandada de la totalidad de los pedimentos contenidos en la demanda, con imposición de las costas procesales a la parte actora."

#### **Tramitación en segunda instancia**

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Deltavi S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, mediante Sentencia de 12 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que en relación al recurso de apelación interpuesto por Deltavi, S.A. representada por la Procuradora Sra. Boulandier frente a la sentencia dictada con fecha 29 de abril de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de esta ciudad en el Juicio Ordinario seguido ante el mismo con el número 602/10, del que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma, dictando otra por la que en relación a la demanda interpuesta por la ahora apelante, declaramos la nulidad tanto del contrato marco de operaciones financieras como de la confirmación de permuta financiera de tipo de interés ("Swap Flotante Bonificado") y la fianza del mismo, todo ellos de fecha 25 de abril de 2008, condenando a Banco Santander, S.A. representada por la Procuradora Sra. Damborenea a abonar la cantidad de 87.113,71 euros, declarando la exoneración de las liquidaciones devengadas que estuvieran pendientes y de las que pudieran devengarse en el futuro hasta la plena efectividad de las nulidades declaradas, y ordenando a Banco Santander, S.A. que Deltavi, S.A. sea excluida del RAI, imponiendo las costas de la primera instancia al Banco Santander, S.A., y todo ello sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada."

#### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

6. La procuradora Iratxe Damborenea Agorria, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

1º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española.

2º) Infracción de los arts. 316, 326 y 376 de la LEC.

3º) Infracción del art. 217 de la LEC."

Los motivos del recurso de casación fueron:



"1º) 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 arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

2º) Infracción de los arts. 1310, 1311 y 1313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

3º) 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."

7. Por diligencia de ordenación 25 de abril de 2012, la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Santander S.A., representada por la procurador Myriam Garrido Rodríguez; y como parte recurrida la entidad Deltavi S.L., representada por el procurador Manuel Infante Sánchez.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 10 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal del Banco de Santander contra la sentencia dictada, el 12 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 630/2011, dimanante del juicio ordinario n.º 602/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Vitoria-Gasteiz."*

10. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Deltavi S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

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

En abril de 2008, a instancia del director de la oficina de Banco Santander, S.A. en la calle Arca de Vitoria, la entidad Deltavi, S.A. firmó un contrato de marco de operaciones financieras (CMOF) y un contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap flotante bonificado) con dicho banco.

El banco entregó al cliente con antelación los documentos en los que se formalizaban ambos contratos y realizó el test de idoneidad, en el que se reconoció al cliente un perfil inversor conservador.

Más allá de la entrega de la documentación contractual, no consta acreditado que el banco hubiera informado al cliente sobre los concretos riesgos del swap y el coste de cancelación.

Las tres primeras liquidaciones trimestrales fueron favorables para el cliente, por importes no superiores a 766,67 euros. En abril de 2009, comenzaron las liquidaciones negativas. La primera fue de 12.504,99 euros y las posteriores no bajaron de esta cantidad. Al tiempo de presentarse la demanda, las pérdidas sufridas ascendían a 65.733,69 euros.

A la vista de estas liquidaciones negativas, Deltavi intentó cancelar el swap, y el banco le dijo que esta cancelación tenía un coste de 170.000 euros.

2. En su demanda, Deltavi pidió la nulidad del contrato de permuta de intereses de 25 de abril del 2008 por error vicio en el consentimiento y que se condenara a Banco Santander a devolver la suma de 65.733,69 euros que se había cargado a la cuenta de la demandante, como consecuencia de las liquidaciones del swap, y las cantidades que pudiera seguir cargando después de la demanda. En una posterior ampliación de la demanda, Deltavi pidió una condena suplementaria de 21.380,02 euros, por liquidaciones sufridas después de la demanda, y que fuera excluida del registro de morosos RAI.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda al entender que no existió error vicio en el consentimiento prestado por Deltavi. Considera a la demandante, «si no perfectamente informada y conocedora del real contenido y las consecuencias del contrato suscrito, al menos con posibilidad de haberlo



hecho, dado que ni se ha probado que estuviera en una situación que le impidiera tales comprobaciones y estudios por urgencia en precisar una cobertura financiera o liquidez inmediata, ni que la entidad bancaria se lo haya impedido».

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Deltavi. La Audiencia estima el recurso y con ello la demanda. A la vista de la prueba practicada, entiende que, «tratándose el producto bancario objeto de contratación de un instrumento financiero complejo y de alto riesgo, como lo demuestra (...) el resultado que ha deparado, (...) el banco no proporcionó o dio una información precisa, correcta y adecuada, como debía hacerlo, acerca de las características del producto suscrito por la actora (...), así como del alcance de las obligaciones y, sobre todo, del riesgo asumido por la misma».

Esta «falta de información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado (...), unida a que el test aportado (...) refleja que el perfil del cliente no era el adecuado para la operación en cuestión, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante, ahora apelante, sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento (...)».

En consecuencia, la Audiencia declara la nulidad del contrato de permuta de tipos de interés (swap) de 25 de abril del 2008, y condena al banco a devolver a Deltavi la suma de 87.113,71 euros. También exonera a la demandante de las liquidaciones devengadas que estuvieran pendientes y las que pudieran devengarse en el futuro hasta la plena efectividad de la nulidad. Finalmente, ordena al banco excluir del RAI a Deltavi, S.A.

5. Frente a esta sentencia de apelación, Banco Santander formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

6. *Formulación de los motivos primero y segundo*. El *motivo primero* se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, porque la Audiencia «ha vulnerado la prohibición de indefensión y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al infringir los principios de oralidad, intermediación y contradicción».

En el desarrollo del motivo se razona que la Audiencia ha llevado a cabo una nueva valoración de la totalidad de la prueba, respecto de la realizada por el juzgado de primera instancia, que no se circunscribe a lo que es objeto de apelación. Y añade que, como resultado de esta valoración, la Audiencia concluye que el banco no cumplió con su obligación de información sobre las características del producto y el riesgo del mismo, que la referencia del contrato a los riesgos era genérica, y que fue como consecuencia de las liquidaciones negativas que la adversa se percató de las consecuencias negativas del contrato.

El *motivo segundo* también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 24.1 de la Constitución y los arts. 316, 326 y 376 de la LEC, y la jurisprudencia que los desarrolla, respecto de la práctica de la prueba y su consiguiente valoración, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

En el desarrollo del motivo se analiza la prueba practicada, y en concreto la documental, el contrato de confirmación de la operación de permuta financiera. El recurrente analiza su contenido y entiende que este documento informaba perfectamente de aquello respecto de lo que se afirma en la sentencia que no existió información: el objeto del producto financiero, sus riesgos y las posibilidades de cancelación. También revisa la declaración del administrador de la demandante y la testifical del director de la oficina. El recurso afirma que la Audiencia ni ha tenido en cuenta la experiencia del administrador de la demandante, ni tampoco las explicaciones dadas por el director de la oficina.

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

7. *Desestimación de los motivos primero y segundo*. En ambos motivos se cuestiona la valoración de la prueba realizada por la Audiencia en relación con el cumplimiento del deber de información sobre los concretos riesgos del producto financiero contratado y los costes de cancelación que correspondía al banco.

Como ya hemos recordado en otras ocasiones ( Sentencia 588/2015, de 10 de noviembre ), «el hecho de que la Audiencia valore la prueba practicada en un sentido diferente al que lo ha hecho el magistrado de primera instancia, que celebró el juicio, no supone ninguna vulneración de los principios de oralidad, intermediación y contradicción, pues de otro modo se limitaría la facultad del tribunal de apelación de contradecir la prueba practicada por el juez de primera instancia, simplemente por no haber practicado directamente las pruebas. La Audiencia, como tribunal de instancia, dentro del margen marcado por lo que es impugnado en el recurso de apelación, puede volver a valorar la prueba practicada en primera instancia, sin necesidad de practicar nuevamente las pruebas. Esto es, puede valorar la documental y la prueba practicada en el acto del juicio,



mediante la visualización y audición de la grabación, sin que con ello se vulneren los reseñados principios de oralidad, inmediación y contradicción».

No puede fundarse la vulneración de estos principios en que no se está de acuerdo con la valoración realizada por la Audiencia, lo que presupone una revisión de dicha valoración.

En concreto, el recurso muestra su disconformidad con el valor otorgado por la Audiencia al documento en que se instrumentó el contrato de swap y al interrogatorio del director de la oficina del banco, respecto de la existencia de una información previa sobre el objeto y los riesgos del producto financiero contratado y el coste de cancelación.

Por otra parte, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse 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), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probado.

La impugnación de la valoración realizada por el tribunal de los medios de prueba mezcla la relativa a los hechos y la propiamente jurídica, por la que se concluye la insuficiencia de la información respecto del error vicio.

Los hechos relevantes son los relativos a si se aportó información suficiente, por parte del director de la oficina al administrador de la sociedad demandante, sobre las características del producto y de sus concretos riesgos, así como los costes de la cancelación. El tribunal de apelación concluye que no consta acreditado que, más allá del propio documento en que se instrumentó el contrato de swap, se hubiera dado mayor información sobre el producto que se contrataba. El tribunal de instancia no concede valor al testimonio del director de oficina por su vinculación con el banco, lo que no vicia de error notorio y arbitrariedad a la valoración del tribunal.

Lo relativo a si el contenido del contrato es suficiente para que pueda entenderse informado el cliente sobre las características del producto y sus concretos riesgos, forma parte de la valoración jurídica, que no puede ser objeto de impugnación por el recurso extraordinario por infracción procesal. Del mismo modo, la valoración de la experiencia del administrador de la sociedad a la hora de juzgar si ha existido error y si era excusable, es una cuestión jurídica, ajena al presente recurso.

En suma, el recurso pretende impugnar valoraciones jurídicas, relativas a la suficiencia de la información respecto del error vicio y su excusabilidad, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Y respecto de los aspectos a los que podría alcanzar la valoración de la prueba en relación a la determinación de los hechos, tan sólo existe una discrepancia que no justifica la revisión de la valoración del tribunal de instancia.

En relación con lo anterior, debemos recordar que «(l)a selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial» (Sentencia 535/2015, de 15 de octubre).

**8. Formulación del motivo tercero.** El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y se funda en la infracción del 217 LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla.

En el desarrollo del motivo razona que «correspondía a la actora y recurrente (en apelación) probar el supuesto incumplimiento de la obligación de información sobre la base del cual pretende la nulidad del contrato por error en el consentimiento». Y, si la Audiencia entendía que por facilidad probatoria correspondía al banco acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, debería haber tenido en cuenta que la inversión de la carga no es total y que el demandante debía haber desplegado algún tipo de actividad probatoria conducente a acreditar el vicio en el consentimiento.

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

**9. Desestimación del motivo tercero.** Constituye jurisprudencia constante de esta Sala que bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), 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, puede incidir en la apreciación del error [ Sentencia 588/2015, de 10 de noviembre , con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 ].

En el contexto de esta jurisprudencia, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del swap, corresponde al banco demandado que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Razón por la cual, el tribunal no infringió las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC , porque, por facilidad probatoria, correspondía al banco la carga de probar que cumplió con los deberes de información.

### Recurso de casación

**10. Formulación del motivo primero .** El motivo se funda en la 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 arts. 1265 y 1266 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 por existir 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.

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida, declara la nulidad del contrato sobre la base de un error en el consentimiento, pero incurre en los siguientes defectos: i) no parte, al enjuiciar el caso, de la presunción *iuris tantum* de la validez de los contratos; ii) no tiene en cuenta el carácter excepcional de los vicios en el consentimiento y su carácter restrictivo; iii) no verifica la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos del error exigidos tanto por la ley como por la jurisprudencia para entender invalidado el contrato; iv) incurre en una errónea valoración jurídica de los hechos probados, en relación con los requisitos de esencialidad, excusabilidad y nexo causal, cuya concurrencia es necesaria para determinar la invalidez del contrato.

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

**11. Desestimación del motivo primero . Jurisprudencia sobre el error vicio .** Como el recurso denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC , como en otras ocasiones, conviene partir, primero, de esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se haya contenida en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

»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.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que



el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»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

**12.** El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, 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.

En el presente caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En concreto, sobre el coste real para los clientes 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 el banco. Y, también, en este caso, fue al recibir las primeras liquidaciones negativas cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado.

Además, como ya aclaramos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «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».

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

**13.** *Formulación del motivo segundo* . El motivo se funda en la infracción de los arts. 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, porque la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios.

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona que Deltavi no instó la nulidad sino dos años después de que se hubiera concertado el contrato, y por lo tanto consintió durante este tiempo en su funcionamiento. En concreto, recibió las liquidaciones a su favor, sin mostrar en ningún momento su disconformidad. Y razona que



la aceptación del funcionamiento del contrato durante los dos años en que estuvo operando con éste, debe entenderse suficiente para que pueda considerarse confirmada la voluntad de adversa y validado el contrato que nos ocupa.

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

**14. Desestimación del motivo segundo** . Al resolver sobre esta objeción debemos, necesariamente, hacernos eco de la doctrina que recientemente expusimos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un motivo de casación idéntico.

Como recordábamos en aquella sentencia, «(l)a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

No concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil . La vigencia y desenvolvimiento del contrato durante dos años no constituye ninguna confirmación del negocio, pues, al principio, mientras las liquidaciones del swap fueron a favor del cliente, no era consciente del vicio. Lo fue cuando las liquidaciones pasaron a ser negativas. Fue entonces cuando conoció el riesgo que encerraba el contrato y del cual no le informaron, y cuando transcurridos unos meses formuló su demanda.

Conforme a la jurisprudencia de esta Sala que acabamos de exponer, la confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, lo que no ocurre en este caso. Por eso, no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.

**14. Formulación del motivo tercero** . El motivo se funda en la «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».

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

**15. Desestimación del motivo tercero** . El motivo presupone que la nulidad del contrato se ha declarado por aplicación del art. 6.3 CC , lo que no es cierto. No puede haberse infringido la jurisprudencia sobre la nulidad de pleno de derecho de los contratos por infracción de normas imperativas o prohibitivas, cuando la nulidad del contrato se ha basado en otra razón distinta, en la concurrencia de error vicio en el consentimiento ( arts. 1265 y 1266 CC ). Por ello, como el motivo se apoya en un presupuesto falso, procede su desestimación.

#### **Costas**

**16. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal**, imponemos a la recurrente las costas originadas por este recurso ( art. 398.1 LEC ).

Desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas de la casación al recurrente ( art. 398.1 LEC ).

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

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª) de 12 de marzo de 2012 , que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria de 29 de abril de 2011 (juicio ordinario 602/2010). Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª) de 12 de marzo de 2012 , con imposición de las costas generadas por el recurso a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- 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. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.