



Roj: **STS 4946/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4946**

Id Cendoj: **28079110012015100653**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2015**

Nº de Recurso: **1468/2012**

Nº de Resolución: **668/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 134/2012,**
STS 4946/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro 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 Santander, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido por el letrado D. Ernesto Benito Sancho, contra la sentencia núm. 21/2012 dictada el veinte de enero de dos mil once (sic) por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, en el recurso de apelación núm. 419/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1340/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida D^a Herminia , representada ante esta Sala por el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez y asistido por el letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- El procurador D. Manuel Fole López, en nombre y representación de D^a Herminia , interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] condenatoria contra la entidad financiera Banco de Santander, S.A. en los siguientes términos:

»Se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y sus anexos confirmación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 26/05/2004 firmados entre las partes, por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1.303 del Código Civil , de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

» Y subsidiariamente se declare que el demandante tiene derecho de apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna al banco demandado declarando nula o anulando cualquier estipulación (por oscura) contractual que se oponga a ello o imponga un coste o penalización por ello desde la fecha de interposición de la demanda».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 15 de octubre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón y fue registrada con el núm. 1340/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



TERCERO.- El procurador D. Abel Celemín Viñuela, en representación de "Banco Santander Central Hispano, S.A. (hoy Banco Santander S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dictar sentencia en la que se desestime, íntegramente, la demanda presentada de contrario en función de las razones expresadas en el cuerpo de la presente contestación y, en todo caso, con expresa imposición de costas y cuanto demás en Derecho corresponda».*

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón, dictó sentencia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: *«Fallo: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Manuel Fole López, en nombre y representación de Herminia, contra Banco Santander S.A., debo de absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones deducidas en la misma, sin hacer imposición de las costas causadas en este procedimiento».*

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D^a Herminia. La representación de "Banco Santander, S.A." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 419/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 21/2012 en fecha veinte de enero de dos mil once (en realidad, doce), cuya parte dispositiva dispone:

«Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Herminia, contra la Sentencia dictada el 31 de marzo de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario nº 1340/2010, revocar la citada resolución y, en consecuencia, declarar la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y sus anexos de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés, concertados con la demandada, "Banco de Santander, S.A.", debiendo procederse a la recíproca restitución de lo que hubiesen percibido las partes por razón de dichos contratos, previa anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, con expresa imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia a la parte demandada, y sin hacer expresa imposición de las causadas en el recurso».

Solicitada aclaración por "Banco de Santander, S.A.", la Audiencia Provincial dictó auto de 15 de marzo de 2012 denegándola.

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

SEXTO.- El procurador D. Abel Celemín Viñuela, en representación de "Banco Santander, S.A.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, en cuanto que la Audiencia Provincial de Gijón ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española al infringir los principios de oralidad, intermediación y contradicción».

«Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 316, 326, 348 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible».

«Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».

«Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 218.1 de la LEC por falta de congruencia y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».

«Quinto.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 216 de la LEC por infracción del principio dispositivo y de justicia rogada en relación al 218 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y la Jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima 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 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 7.1 , 1310 , 1311 y 1313 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 recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios».

«Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 79 Bis de la Ley de Mercado de Valores y artículo 5.3 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello, en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ».

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 diez de Septiembre de dos mil trece, cuya parte dispositiva es como sigue: «1. Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal del Banco de Santander, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de enero de 2012 (consta por error mecanográfico fechada el 20 de enero de 2011), por la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7ª, en el rollo de apelación nº 419/2011 , dimanante del juicio ordinario nº 1340/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón.

» 2. Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, 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 2015 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 11 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.- Dª Herminia interpuso demanda contra "Banco Santander, S.A." (en lo sucesivo, Banco Santander), en la que solicitaba que se declarara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de la confirmación de permuta financiera de tipos de interés que había suscrito el 26 de mayo de 2004 a propuesta del director de la sucursal en la que el año anterior había concertado un préstamo hipotecario, con un nominal de 85.751,53 €, por haber concurrido en su celebración vicios invalidantes de la prestación del consentimiento, pidiendo la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo, con sus frutos, y del precio, con sus intereses y, subsidiariamente, que se declarara que la demandante tenía derecho a apartarse anticipadamente del contrato sin obligación de pago de penalización alguna, anulando cualquier estipulación contractual que se opusiera a ello o impusiera un coste o penalización.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión de la demandante, pues, pese a afirmar que « la información que se le ofreció acerca del funcionamiento del producto, y que el Banco demandado venía además obligado a facilitarle [...] no fue todo lo clara y completa que sería de desear », consideró que el hecho de que el resultado final del contrato no fuera el esperado por la demandante no permitía entender que hubiera concurrido error o que se hubiera visto inducida mediante engaño a prestar un consentimiento viciado.

3.- La demandante apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso, pues consideró que la demandante carecía de experiencia en la contratación de estos productos financieros, que el producto contratado era un producto complejo, que Banco Santander no facilitó a la demandante información adecuada de las consecuencias negativas que para ella tendría una bajada de los tipos de interés, y que cuando la demandante, a la vista de las liquidaciones negativas, intentó cancelar el swap contratado, Banco Santander le informó que para ello debería pagar 12.000 euros, extremo sobre el cual tampoco había sido informada previamente. Declaraba también la sentencia que el banco no se había informado sobre el perfil de la cliente. Que la falta de información previa a la concertación del contrato no se subsanó con la firma de este, pues tampoco en el contrato aparece una información adecuada sobre el riesgo derivado de la evolución a la baja del tipo de interés usado como referencia, pues solo hay una mención indeterminada sobre el conocimiento y aceptación del riesgo por los contratantes. Que no se especificaba la fórmula por la que se harían los cálculos de las liquidaciones periódicas o en caso de que el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto. Y



concluía afirmando que todo ese cúmulo de desinformación se traducían en la existencia de un vicio esencial del consentimiento, pues tan parca e incompleta información hacía que el consentimiento prestado adoleciera de un error esencial e invalidante, no imputable a la demandante, por lo que podía considerarse excusable.

4.- Banco Santander, disconforme con esta sentencia, ha interpuesto contra ella recurso extraordinario por infracción procesal, basado en cinco motivos, y recurso de casación, basado en tres motivos.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El título que encabeza este primer motivo es del siguiente tenor literal: « *Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , en cuanto que la Audiencia Provincial de Gijón ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española al infringir los principios de oralidad, intermediación y contradicción* ».

2.- La infracción se habría producido porque la Audiencia Provincial realizó una nueva valoración de la prueba distinta a la realizada por el Juzgado, pese a que este no había incurrido en errores graves e irracionales, único supuesto en el que la Audiencia Provincial podría rectificar la valoración de la prueba hecha en primera instancia. Para apoyar esta afirmación, la recurrente transcribía un pasaje de la sentencia de esta Sala núm. 510/2011, de 27 de junio.

Al no haberlo hecho así, la Audiencia habría incurrido en una clara y manifiesta vulneración de los principios de oralidad, intermediación y contradicción y, en consecuencia, del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

TERCERO.- Decisión de la Sala. La valoración de la prueba en segunda instancia.

1.- Esta Sala, en jurisprudencia pacífica y reiterada con frecuencia, ha rechazado que la valoración de la prueba realizada en primera instancia solo pueda ser revisada por la Audiencia Provincial en caso de que conduzca a exégesis erróneas, ilógicas o que conculque preceptos legales, o sus conclusiones sean absurdas, irracionales o arbitrarias.

En nuestro sistema procesal, el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez "a quo". Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 212/2000, de 18 de septiembre), y así lo ha declarado esta Sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del tribunal de apelación le ha merecido « *una severa crítica* » (sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1991 , y núm. 808/2009 , de 21 de diciembre).

Es perfectamente lícito que el recurrente en apelación centre su recurso en criticar la valoración de la prueba hecha en la sentencia de primera instancia, e intente convencer al tribunal de segunda instancia de que su valoración de la prueba, aun parcial por responder a la defensa lícita de los intereses de parte, es más correcta que la sin duda imparcial, pero susceptible de crítica y de revisión, del Juez de Primera Instancia.

Así lo hemos declarado en la sentencia núm. 649/2014, de 13 de enero de 2015 .

2.- La transcripción que en el recurso se hace de la sentencia núm. 510/2011, de 27 de junio, para apoyar la tesis de la recurrente, solo puede calificarse de torpeza injustificable, o, si se ha realizado de modo deliberado, de actuación denotativa de mala fe procesal. El párrafo transcrito no corresponde a los argumentos de este Tribunal Supremo contenidos en los fundamentos jurídicos de la sentencia. Se ha copiado un párrafo de los antecedentes de hecho en el que se transcribía a su vez la sentencia de la Audiencia Provincial que era objeto de recurso.

Citar como jurisprudencia del Tribunal Supremo un párrafo de la sentencia de la Audiencia que fue objeto de un recurso de casación y que por tal razón fue reproducida en los antecedentes de hecho de una sentencia de esta Sala, es una conducta procesal inadmisibles.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El segundo motivo tiene el siguiente epígrafe: « *Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 316 , 326 , 348 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible* ».

2.- Las razones que se alegan para fundamentar el recurso son, resumidamente, que la Audiencia, al afirmar que la ausencia de información ha generado un vicio esencial en el consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato, por no informar adecuadamente de las consecuencias negativas de la bajada de tipos, ha infringido los preceptos legales invocados, que regulan las pruebas de interrogatorio de parte, documental, testifical y pericial, pues de la declaración testifical de los empleados de Banco Santander (director y subdirector de la



sucursal en la que contrató la demandante) se desprende sin género de dudas que la información ofrecida por el personal de Banco Santander fue adecuada, siendo ilógica e irracional la conclusión a la que llega la Audiencia de que no es suficiente la declaración prestada por los empleados del Banco para probar que se dio a la demandante la información necesaria. Que la conclusión sobre la falta de información adecuada sobre los riesgos del contrato es irracional y falta de toda lógica, y a tal efecto reproduce parte del contrato de swap, y que la demandante era bien consciente de los riesgos porque en el contrato se contenía una mención en la que se decía que *«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 sobre la conveniencia de realizar esta Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo»* por lo que el contrato advertía claramente del funcionamiento de la permuta financiera.

QUINTO.- Decisión de la Sala. Improcedencia de revisar la valoración de la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- Banco Santander pretende, al formular este motivo, algo que es ajeno al recurso extraordinario por infracción procesal, como es volver a reexaminar la prueba y convertir a este tribunal de casación en una tercera instancia.

En nuestro sistema procesal civil, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Únicamente sería posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida, la de apelación, de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE . Así se han pronunciado, entre otras, las sentencias de esta Sala núm. 101/2011, de 4 de marzo , y 263/2012, de 25 de abril . Pero en ningún caso la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal puede dar paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero , que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003, 276/2006, 64/2010 y 138/2014; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas).

2.- Asimismo, no es propio del recurso extraordinario por infracción procesal, y no debe confundirse con la valoración de la prueba, la valoración jurídica que el tribunal haga de los hechos fijados en el proceso, porque hayan resultado admitidos, probados, o sean notorios. En este sentido, la valoración del sentido y alcance jurídico de las menciones contenidas en los documentos cuya realidad y suscripción por las partes no ha resultado controvertida, no es una valoración de la prueba sino una valoración jurídica, cuya impugnación solo puede realizarse a través del recurso de casación.

3.- La supuesta irracionalidad o arbitrariedad en la valoración de la prueba consistiría, según Banco Santander, en que de la declaración testifical de sus empleados (director y subdirector de la sucursal en la que la demandada contrató el préstamo hipotecario y el swap) se desprenderían *« sin género de dudas »* los extremos en los que pretende amparar sus tesis, que además en la mayoría de los casos son de naturaleza puramente jurídica, no fáctica. La inconsistencia de la alegación es evidente.

4.- Banco Santander tacha de ilógica e irracional la afirmación de la Audiencia de que la declaración prestada por estos empleados del Banco no es suficiente para probar que se suministró a la demandante la información necesaria. La consideración de 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.

5.- Banco Santander, en su recurso, reproduce parte del contrato 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 del contrato, una valoración de ese tipo es jurídica, no fáctica, por lo que excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.- Un último argumento consiste en que la demandante era bien consciente del riesgo del contrato porque firmó el contrato en el que 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 sobre la conveniencia de realizar esta Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo»*.

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 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.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El tercer motivo del recurso lleva el siguiente encabezamiento: *« Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo »*.

2.- Las razones en que se fundamenta el motivo son, resumidamente, que la sentencia recurrida solo se refiere a la obligación de Banco Santander de acreditar que proporcionó a la demandante la información necesaria pero no a la carga de la prueba que pesaba sobre la demandante y que inevitablemente hubiera llevado a la desestimación del recurso de apelación, pues la Audiencia traslada a Banco Santander la obligación de probar un hecho negativo, que no existió error en el consentimiento prestado por la demandante.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. No existe vulneración de las reglas de la carga de la prueba.

1.- El motivo del recurso está mal formulado, pues no indica qué apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido vulnerados, y es infundado. La Audiencia Provincial atribuye correctamente a Banco Santander la carga de la prueba de la información suministrada a la cliente, de modo que atribuye a Banco Santander las consecuencias negativas de la falta de prueba de haber suministrado una información ajustada al perfil de la cliente, a la complejidad del producto, y que cumpliera las exigencias de la normativa que rige esta materia.

2.- Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, la Audiencia Provincial considera que ha existido error en la demandante, inducido por la falta de información sobre elementos esenciales del contrato, tales como los riesgos para el caso de que el tipo de interés de referencia sufriera una variación a la baja y el coste de cancelación, y que el mismo era excusable.

3.- Lo expuesto muestra que no ha existido infracción alguna de las reglas de la carga de la prueba, pues solo han sido aplicadas en relación con la facilitación de la información correcta por Banco Santander a la cliente, y tal aplicación ha sido correcta.

OCTAVO.- Formulación del motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así: *« Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 218.1 de la LEC por falta de congruencia y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo »*.

2.- Dejando aparte las menciones sobre incongruencia "extra petitum", que no resultan desarrolladas en el motivo, y falta de claridad, que además de no resultar desarrollada, es ajena a la incongruencia que se denuncia en el epígrafe, la infracción se habría producido porque la sentencia de la Audiencia no se habría pronunciado



sobre la alegación de confirmación tácita del contrato anulable, prevista en los arts. 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil , porque la demandante pagó las liquidaciones negativas.

NOVENO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de incongruencia.

1.- Esta Sala ha venido distinguiendo entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, subrayando que no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones formuladas, pudiendo ser suficiente a los fines del art. 24.1 CE , en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aun cuando se omita una contestación singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales. Por el contrario, este Tribunal ha puesto de manifiesto que respecto de las pretensiones la exigencia de congruencia es más rigurosa, destacando que cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia (por todas, STC 24/2010, de 27 de abril , F. 4).

2.- La Audiencia Provincial, en su sentencia, abordó la cuestión de las liquidaciones negativas que había abonado la demandante en el primer periodo de desenvolvimiento de la relación contractual, y explicó cómo dicho hecho podía explicarse, pero a la vez razonaba cómo tal cuestión no excluía la existencia de error en la demandante, tanto en cuanto a la naturaleza del producto como en la cuestión relativa al vencimiento anticipado.

Banco Santander podrá estar o no de acuerdo con tales razonamientos, y es evidente que no lo está, y plantea la cuestión en uno de los motivos del recurso de casación.

Pero no existe incongruencia omisiva, pues no se ha omitido ningún pronunciamiento, ni siquiera falta de exhaustividad, puesto que las cuestiones fundamentales planteadas por las partes han sido tratadas por la Audiencia en su recurso.

DÉCIMO.- Formulación del quinto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El epígrafe del último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente: « *Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 216 de la LEC por infracción del principio dispositivo y de justicia rogada en relación al 218 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo*».

2.- La infracción se habría producido porque la sentencia de apelación realiza dos afirmaciones sobre la confusión del swap con un seguro, cuando tal cuestión no habría sido sometida a debate por las partes en el recurso de apelación.

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de la infracción denunciada.

Banco Santander magnifica y saca de contexto algunas menciones puntuales de la sentencia a una cuestión que fue discutida en la primera instancia.

Se trata en todo caso de argumentos de carácter y valor secundario, puesto que lo relevante es la consideración de que la demandante sufrió un error esencial y excusable porque no fue informada por Banco Santander sobre las consecuencias negativas que traería consigo la bajada del tipo de interés de referencia ni sobre la existencia de un coste de cancelación, en los términos que se analizarán con más detalle al resolver el recurso de casación.

Recurso de casación.

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

1.- El encabezamiento del motivo es el siguiente: « *Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y la Jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima 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.- La infracción se habría producido, resumidamente, porque la sentencia de la Audiencia es contraria a la aplicación restrictiva de los vicios del consentimiento y realiza una valoración jurídica errónea de los hechos



probados al considerar que el error de la demandante es esencial y excusable, y omitir el requisito del nexo causal entre el error y el objeto perseguido con la suscripción del negocio.

DECIMOTERCERO.- 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.- 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».

3.- 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 contenido del documento contractual 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 la Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos del riesgo », 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. En todo caso, como afirma la Audiencia, no existe prueba de que tal información fuera facilitada.

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.

4.- 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.

5.- En el caso objeto del recurso, el relato fáctico sentado en la sentencia recurrida muestra que el producto contratado no se ajustaba al perfil de la cliente, una simple particular que había concertado un préstamo hipotecario por un importe no muy elevado, y que 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.

6.- 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.

7.- 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 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 e inadecuado a su perfil. 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 de la cliente.

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

1.- Este motivo de encabeza con el siguiente epígrafe: « *Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 7.1 , 1310 , 1311 y 1313 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 recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios* ».

2.- La infracción se habría producido al no considerar constitutivo de un acto propio, confirmatorio del contrato, el pago de las liquidaciones negativas derivadas del contrato durante varios años.

DECIMOQUINTO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato anulable.

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, 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.

Además, existiendo error excusable e invalidante respecto del vencimiento anticipado del contrato, no puede considerarse que la demandante hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto confirmatorio del contrato anulable requiere un pleno conocimiento del error padecido que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido en este extremo se adquiere cuando se pretende la cancelación del contrato y se le exige una elevada cantidad, a la vista de cuál era el nociónal del contrato.

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

1.- El último motivo del recurso llega el siguiente título: « *Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC por infracción de los artículos 79 Bis de la Ley de Mercado de Valores y artículo 5.3 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello, en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil* ».



2.- La infracción se habría producido porque la Audiencia afirma que Banco Santander tenía la obligación de proporcionar información sobre la evolución de la variable económica a la que estaba sometida el contrato, concretamente el comportamiento futuro del tipo variable referencial, lo cual supondría exigir a las entidades de crédito una información precontractual mayor que la que imponen las normas invocadas. Por ello, solicita que se fije como jurisprudencia que los deberes informativos en la comercialización de permutas financieras no incluyen la obligación de facilitar una previsión futura de evolución del índice de referencia con el que esté relacionado el contrato.

DECIMOSÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Información a suministrar al cliente al que se ofrece la concertación de un contrato de swap.

1.- Con carácter previo debe precisarse que la cita en el motivo del recurso del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores es incorrecta porque este precepto fue introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso a Derecho interno la Directiva MiFID, y que no estaba en vigor cuando el contrato fue suscrito. Por tanto, solo es pertinente invocar la normativa anterior a esta transposición, entre la que se encontraba la anterior redacción de la Ley del Mercado de Valores y la normativa que la desarrollaba, como era efectivamente el caso del artículo 5.3 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores.

Dicho esto, el argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la falta de información al cliente sobre la previsión de evolución de los tipos de interés es un argumento de refuerzo respecto de los que constituyen la parte fundamental de la sentencia recurrida, que consisten en que se ofreció un producto inidóneo para el perfil del cliente y no se informó a este adecuadamente sobre la naturaleza del mismo y sobre los riesgos que sufría la cliente en caso de que bajará el tipo de interés de referencia o quisiera cancelar el contrato.

Por tanto, aunque el argumento que hace referencia a la falta de información sobre la evolución prevista del tipo de interés utilizado como referencia fuera incorrecto, esta circunstancia carecería de trascendencia porque subsistiría la argumentación fundamental en que se basan los pronunciamientos combatidos en el recurso de casación.

2.- Banco Santander solicita expresamente que la Sala declare que los deberes informativos que la normativa aplicable impone en la comercialización de las permutas de tipos de interés no incluyen la obligación de facilitar una previsión futura de evolución del índice de referencia con el que está relacionado.

Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio , y 110/2015, de 26 de febrero , lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso. Hemos añadido en la sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre , que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

3.- Ahora bien, junto con lo anterior, y al hilo de la cuestión planteada en el recurso, también hemos declarado en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre , y 549/2015, de 22 de octubre , que como consecuencia del deber de información imparcial que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID) impone a las empresas de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor. Como hemos dicho, en este caso se trata de una particular que había solicitado un préstamo hipotecario de una cuantía poco elevada.

En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento



de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente.

Estas informaciones no fueron facilitadas a la demandante, con lo cual esta no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

Por las razones expuestas, también este motivo debe ser desestimado.

DECIMOCTAVO.- 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 al 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. 21/2012 de fecha veinte de enero de dos mil doce dictada por la Audiencia Provincial de Gijón, Sección séptima, en el recurso de apelación núm. 419/2011.

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

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.