



Roj: **STS 5694/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5694**

Id Cendoj: **28079110012015100730**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2015**

Nº de Recurso: **2355/2012**

Nº de Resolución: **743/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2425/2012,**
STS 5694/2015

SENTENCIA

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

La Sala Primera integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barakaldo.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

Es parte recurrida las entidades Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L., representadas por el procurador Juan Carlos Estévez Fernández Novoa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de las entidades Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barakaldo, contra la entidad Banco Santander, S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que: - Se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos con la demandada, descritos en los hechos y denominados Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Bonificado Reversible Media") con fecha de operación el 2 de febrero de 2007, Permuta Financiera de Intereses de fecha 21 de febrero de 2007, con referencia para el banco 453071.21/79450, las dos Confirmaciones de Swap ligado a Inflación ("Swap pagador de gastos de inflación acumulada"), con fecha de operación de 28 de octubre de 2008, así como de los Contratos Marco de Operaciones Financieras de ambas empresas, y por consiguiente de las liquidaciones practicadas a su amparo y las que se practiquen hasta que se dicte sentencia, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz de estas operaciones, con intereses legales.

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

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

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

- Que se impongan las costas a la parte contraria."

2. El procurador Manuel Hernández Uriguen, en representación de la entidad Banco Santander, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 4 de Barakaldo dictó Sentencia con fecha 2 de diciembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a. Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de las empresas Industrias Lar S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L. contra la entidad mercantil Banco Santander Central Hispano, S.A., absuelvo a la entidad demandada de los pedimentos formulados en el suplico de la demanda, ello sin que proceda expreso pronunciamiento sobre costas procesales, abonando cada parte las causadas a su instancia y siendo las comunes por mitad."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 3^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia mediante Sentencia de 7 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Industrias Lar S.L. y Recubrimientos Aglan S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 4 de Bilbao en autos de Procedimiento Ordinario 1381/10 de fecha 2 de diciembre de 2011, debemos revocar como revocamos la resolución recurrida y se dicta otra por la que se estima íntegramente la demanda planteada por Industrias Lar S.L. y Recubrimientos Aglan S.L. contra Banco Santander S.A. todo ello con imposición de costas de las primera instancia a la parte demandada y sin expresa imposición de las costas de esta alzada."

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

5. El procurador Germán Ors Simón, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 3^a.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1^o) Infracción de los arts. 316, 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1^o) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil."

2^o) Infracción de los arts. 7.1, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil."

3^o) Infracción del art. 6.3 del Código Civil."

4^o) Infracción del art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y art. 5.3 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores; en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil."

6. Por diligencia de ordenación de 13 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 3^a, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y 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.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida las entidades Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L., representadas por el procurador Juan Carlos Estévez Fernández Novoa.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015, 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 7 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3^a), en el rollo de apelación n^o 108/2012, dimanante del juicio ordinario n^o 1381/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barakaldo."

9. Dado traslado, la representación procesal de las entidades Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de diciembre 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.

El 2 de febrero de 2007, el gerente de las sociedades Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L., Luis Angel , concertó con Banco Santander un contrato denominado de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, sobre un nocional de 400.000 euros. La fecha de inicio de ambas operaciones era el 12 de febrero de ese año 2007 y la de término el 13 de febrero de 2012.

Ese mismo mes de febrero de 2007, el gerente de Recubrimientos Aglan, S.L., Luis Angel , concertó con Banco Santander otro contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, sobre un nocional de 200.000 euros. En este caso, la fecha de inicio era el 27 de febrero de 2007 y la de conclusión el 27 de febrero de 2012.

Hasta el 10 de agosto de 2009, antes de la caída brusca de los tipos de interés, las liquidaciones trimestrales arrojaron para Industrias Lar, S.L. unos abonos a favor de 33.220,18 euros y un cargo en su contra de 26.178,60 euros. Un año, después, a fecha 12 de agosto de 2010, los cargos (42.645,07 euros) ya superaban los abonos (35.706,22 euros), con una tendencia a acentuarse mucho la diferencia con las sucesivas liquidaciones.

Y hasta el 24 de agosto de 2009, las liquidaciones trimestrales para Recubrimientos Aglan, S.L. arrojaron unos abonos a su favor de 16.718,98 euros, y unos cargos en su contra de 13.139,47 euros. Un año después, a fecha 26 de agosto de 2010, los cargos (21.290,58 euros) ya superaban los abonos (17.968,66 euros), también con una tendencia a acentuarse mucho la diferencia con las sucesivas liquidaciones.

El 28 de octubre de 2008, Luis Angel , en representación de Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L., concertó con Banco Santander sendos contratos de permuta financiera ligados a la inflación, por un nocional de 300.000 euros, en el primer caso, y de 200.000 euros, en el segundo. La primera liquidación de estos dos swaps fue negativa para Industrias Lar, S.L. en 11.734,67 euros y para Recubrimientos Aglan, S.L. en 7.823,11 euros.

2. Industrias Lar, S.L. y Recubrimientos Aglan, S.L. formularon una demanda contra Banco Santander en la que pedían la nulidad por error vicio en el consentimiento de los contratos de permuta financiera de tipos de interés y de inflación concertados con el banco, así como de los CMOF, y que se ordenara la restitución de los cargos y abonos practicados, con sus intereses legales.

Subsidiariamente, se pidió la nulidad de las cláusulas contractuales relativas a los importes pagaderos por el cliente, y los de los costes y causas de cancelación anticipada del contrato.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la demanda. El juzgado entiende que en este caso las sociedades demandantes tenían una cierta entidad y volumen de negocio, cuyo objeto social es la gestión de patrimonio, contaban con personal específicamente dedicado a la gestión empresarial y expertos en temas financieros, de tal forma que presume en quien concertó los contratos de permuta financiera «un cierto conocimiento sobre el contenido de los contratos y de las consecuencias económicas que de los mismos se derivaban». Añade que el riesgo de las liquidaciones negativas estaba específicamente previsto en el contrato y que necesariamente debió ser tenido en cuenta por las entidades demandantes antes de contratar tales operaciones, sin que pueda pretenderse después eludir sus responsabilidades contractuales alegando un inexistente error en el consentimiento.

Justifica la desestimación de la pretensión subsidiaria en que «la documentación que refleja las operaciones suscritas no revelan especial oscuridad o ambigüedad, sin perjuicio de la terminología propia de este tipo de contratos».

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las dos sociedades demandantes. La Audiencia estimó el recurso y con él la pretensión principal de la demanda, la nulidad por error vicio de los contratos de permuta financiera concertados por las dos sociedades demandantes con el banco demandado, y la restitución de los cargos y abonos practicados con las sucesivas liquidaciones.

Al analizar la prueba, la Audiencia entiende que lo declarado por los empleados del banco (Sr. Benigno , Sr. Cayetano y Sr. Darío), que trasladaron toda la información precisa, no se ajusta a la realidad: «no se entregan los ejemplares previamente al cliente porque admite que se firmaron en el mismo momento y que no podían salir de la oficina; no se detallan las explicaciones de la operativa real sino únicamente meros supuestos



simulados de favorecimiento de resultado positivo para el cliente; así nos dicen los empleados del Banco antes mencionados que los contratos se confeccionan en Madrid y se presentan a la firma del cliente; que las operaciones para calcular la cancelación se verifican en Madrid; que no se efectúan escenarios negativos porque no se contemplan en los contratos; que se limitaban a modificar un tipo variable por otro fijo; se hacen referencias continuas a expertos dada la complejidad de los contratos»

Y, añade: «Por último, una referencia a los conocimientos de los representantes de las empresas demandantes y que para el juzgado de instancia ha sido determinante para sostener que existía un conocimiento cualificado en materia financiera que incide a no admitir que su consentimiento fuera erróneo. Ciertamente el objeto de las empresas demandantes, al contrario de lo afirmado en Sentencia, no es gestión de patrimonio mobiliario e inmobiliario sino pymes del sector del metal que no venían contratando productos especulativos sino los de financiación propia de la actividad mercantil propia de la empresa. Queda acreditado que el asesoramiento externo se refiere a temas fiscales y laborales; que la gestión comercial y financiera se realiza por las propias empresas, que los conocimientos de los representantes legales no van más allá de los propios de un gestor de su negocio y que por ello no puede ser exigible un conocimiento incluso mayor que a los propios empleados de la demandada que como se ha indicado no pudieron ofrecer satisfactoriamente información en la Sala de vistas ante la juzgadora de los riesgos que asumía el cliente en caso de no operar el mercado como se presentaba la operativa de forma simulada y que necesitaba asesoramiento del departamento de tesorería de Madrid».

Por lo que respecta a la información sobre los riesgos que se asumía con la contratación de estas permutas financieras, la sentencia de apelación razona que «del contrato incluso queda constancia en los términos que se redactan las cláusulas que en ningún momento se alude a la posibilidad de que se presenten pérdidas importantes sino únicamente se hace alusión genérica a conocimiento de riesgos inherentes no cuantificados ni descritos y que en su caso tales riesgos pueden ser positivos o negativos pero nunca cuantificables y que en el supuesto de cancelación el coste de ello habrá que valorarse sin determinar la fórmula a verificar y que por demás se determinará a un valor de mercado que solo el departamento de tesorería ejecutaría en el momento de efectuar tal cancelación».

5. Frente a la sentencia de apelación, Banco Santander interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un solo motivo, y recurso de casación, articulado en cuatro motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

6. *Formulación del motivo* . El motivo se ampara en el 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 aclara que se impugna la valoración de la prueba realizada por la Audiencia que le lleva a concluir que el banco no proporcionó una información precisa, correcta y adecuada, como debía hacerlo acerca de las características del producto y del alcance de las obligaciones, así como de los riesgos asumidos.

Entiende que la supuesta falta de información se contradice con los documentos suscritos por las partes y con el resto de testificales. En las propias confirmaciones de permutas financieras, en concreto en los anexos, «se informó de forma clara y auto explicativa a la demandante el funcionamiento y riesgo inherente a cada una de estas operaciones». Estos documentos informan claramente de cómo se calculan los saldos en la liquidación y se advierte de las consecuencias negativas que la operación puede tener para el cliente. Se describían los escenarios en los que se advertía de posibles liquidaciones negativas. Y existía una cláusula en que las partes manifestaban estar perfectamente informadas de lo que contrataban.

En cuanto a los costes de cancelación, en las confirmaciones se incluía una cláusula que advertía que el coste de la cancelación anticipada se calcularía a coste de mercado, «lo que podrá suponer, en su caso, para el cliente el coste correspondiente».

En el motivo se analizan también las declaraciones del legal representante de las demandantes y de los empleados del banco, para concluir que el primero era conocedor del producto y de sus riesgos, y que le fue suministrada la información necesaria para ello.

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

7. *Desestimación del motivo* . En el motivo se cuestiona la valoración de la prueba realizada por la Audiencia en relación con el cumplimiento, por parte del banco, del deber de información sobre los concretos riesgos del producto financiero contratado y los costes de cancelación, a la vista de que esta información sobre las posibles liquidaciones negativas y el coste de cancelación se hallaba en las confirmaciones y contratos



que se fueron firmando sucesivamente. Y también en atención a lo declarado por el propio Sr. Luis Angel , administrador de las demandantes.

Como en otras ocasiones, hemos de recordar que, 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 probados.

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 en relación con el error vicio.

Los hechos relevantes son los relativos a si se aportó información suficiente antes de contratar los swaps sobre las características del producto y de sus concretos riesgos. El tribunal de apelación entiende acreditado, por las declaraciones testificales y del Sr. Luis Angel , que las permutas financieras se ofrecieron para paliar los efectos negativos para las demandantes de las oscilaciones de los tipos de interés, sin que realmente hubieran sido informadas de las consecuencias negativas, esto es, del coste que podrían suponer las liquidaciones negativas, y sin que se hubiera informado tampoco del coste de cancelación. La Audiencia no concede el valor pretendido por la demandada a lo manifestado en los contratos acerca de que el cliente reconoce haber sido informado.

Pero, como también recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 17 de septiembre , «(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». Esto es lo que ocurre en el presente caso: que la sentencia recurrida no haya prestado valor a lo manifestado en los contratos sobre el cumplimiento de los deberes de información ni a la testifical de los empleados del banco, y sí al resto de las pruebas, no convierte su valoración en arbitraria ni constituye un error notorio.

En suma, como ya hemos advertido, 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.

Recurso de casación

8. 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 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.

En el desarrollo del motivo, el banco recurrente especifica las cuatro razones por las que se habría producido la infracción de los reseñados arts. 1265 y 1266 CC , conforme a la jurisprudencia que los interpreta: i) la sentencia «realiza una interpretación del error invalidante contraria a la aplicación restrictiva de los vicios del consentimiento»; ii) la sentencia «declara la nulidad de unos contratos sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados considerando esencial el error que aprecia en la actora, como consecuencia de una falta de información»; iii) «declara la nulidad de unos contratos sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados considerando excusable el error que aprecia en la actora»; y iv) la sentencia «declara la nulidad de unos contratos sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados, omitiendo el requisito del nexo causal entre el error y el objeto perseguido con la suscripción del negocio».

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

9. Desestimación del motivo primero . Jurisprudencia sobre el error vicio . 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 halla 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.».

10. 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, sin que bastara para ello simple la lectura del contrato marco y de los documentos en que se instrumentaron las sucesivas confirmaciones de permutas financieras de tipos de interés. En particular, sobre el coste real para los clientes de las liquidaciones negativas. No era suficiente que en los anexos de los contratos se mencionara que las liquidaciones podían llegar a ser negativas, ni siquiera que se incluyera un escenario poco relevante, desde la perspectiva de la cuantía de la liquidación negativa, porque el error respecto de los riesgos radica en la conciencia acerca de la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés. En cualquier caso, la acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco.

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 en 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». El deber de información no cabe entenderlo suplido, en este caso, por la información suministrada en el contrato de confirmación del swap. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

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 tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

11. Formulación del motivo segundo . El motivo se funda en la infracción de los arts. 7.1 , 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 y la confirmación de los mismos.

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona que la aceptación del funcionamiento de los sucesivos contratos por parte de las demandantes, durante el tiempo en que estuvieron operando debe entenderse suficiente para tener por confirmada la voluntad de las partes y validados los contratos cuya nulidad se pretendía.

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

12. 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 de los contratos, concertados de forma sucesiva durante unos años, no constituye ninguna confirmación del negocio, pues, al principio, mientras las liquidaciones del swap fueron favorables al cliente, éste no era consciente del vicio. Es a partir del año 2009, cuando el administrador de las demandantes empieza a tomar conciencia del riesgo que conllevaban las permutas financieras concertadas con el banco demandado, y respecto del cual no había sido suficientemente informado, en relación con la gravedad de este riesgo, esto es, respecto de la magnitud de las liquidaciones negativas. Fue entonces cuando conoció el riesgo que encerraba el contrato y del cual no le habían informado suficientemente.

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.



13. 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.

14. 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 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.

15. Formulación del motivo cuarto . El motivo se funda en la infracción de los arts. 79 bis LMV y el art. 5.3 del anexo del 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 contenida en tales preceptos. Todo ello en relación con los arts. 1265 y 1266 CC .

En el desarrollo del motivo se explica que esta infracción vendría determinada porque la sentencia entiende que el deber de información alcanzaba las previsiones de los tipos de interés o de la inflación.

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

16. Desestimación del motivo cuarto . Es cierto que en otras ocasiones hemos declarado que «en atención a la naturaleza del contrato de Swap de intereses, y a lo acaecido durante el tiempo en que estuvieron vigentes los (...) Swaps contratados, no cabe apreciar error vicio en la contratación de los Swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía la demandante 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. (...) La incertidumbre acerca de la evolución del mercado es connatural al componente aleatorio del contrato de Swap, en el que las liquidaciones a favor o en contra del cliente van a depender de la evolución de los tipos de interés escogidos como referencia» (Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre).

Pero, aunque la sentencia recurrida hizo mención, entre los defectos de información, a la evolución de los tipos de interés, no fue este defecto de información el que influyó en la apreciación del error vicio.

Como declaramos en la Sentencia 550/2015, de 13 de octubre , los deberes de información que se imponen en la normativa MiFID (art. 79 bis LMV), e incluso en la anterior (el reseñado art. 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo), «no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial; sino que, por el contrario, la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta de la entidad bancaria, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestos, satisface o no su utilidad o conveniencia negocial. No se trata de que "Banco Santander" pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés».

Es la insatisfacción de esta necesidad de información, que no incluye, por supuesto, una previsión del mercado y de los tipos de interés en el futuro, la que justificó la apreciación del incumplimiento de estos deberes y la consiguiente relevancia respecto del error vicio.

Razón por la cual, procede desestimar el motivo.

Costas

17. 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

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 3ª) de 7 de mayo de 2012 (rollo núm. 108/2012), que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera



Instancia núm. 4 de Barakaldo de 2 de diciembre de 2011 (juicio ordinario 1381/2010). Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

2º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 3ª) de 7 de mayo de 2012 (rollo núm. 108/2012), con imposición de las costas generadas por el recurso a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia 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 .- 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND