



Roj: **STS 985/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:985**

Id Cendoj: **28079110012016100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/03/2016**

Nº de Recurso: **3334/2012**

Nº de Resolución: **154/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 897/2012,**
STS 985/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander, S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia núm. 439/2012 de 3 de septiembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 278/2012, dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. 470/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida Ass Alpress, S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D.^a María Rodríguez Puyol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Luis Pérez Ávila Pinedo, en nombre y representación de Ass Alpress, S.L., interpuso demanda de incidente concursal contra Banco de Santander, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...]por la que estimando íntegramente la demanda:

» 1.- Declare nulo el Acuerdo Marco de Operaciones Financieras formalizado con fecha de 27 de Abril de 2006 por inexistencia de consentimiento contractual.

» 2.- Declare nulos los contratos de permuta financiera de tipo de interés (SWAPs) formalizados el 27 de Abril de 2006 y el 9 de Febrero de 2007, por inexistencia de consentimiento contractual

» 3.- Subsidiariamente se declare la resolución contractual del Acuerdo Marco de Operaciones Financieras formalizado con fecha de 27 de Abril de 2006 y de los contratos de permuta financiera de tipo de interés (SWAPs) suscritos con fecha 27 de Abril de 2006 y 9 de Febrero de 2007, al concurrir el error como vicio del consentimiento y resultar gravemente perjudiciales para el interés del concurso y de los acreedores

» 4.- En todo caso, ordene la restitución de las prestaciones percibidas por la entidad demandada por razón de los mencionados contratos y consecuentemente, condene a Banco de Santander S.A. a abonar a mi mandante la cantidad de TRECE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO EUROS CON CATORCE CÉNTIMOS DE EURO (13.278,14 euros) y declare que ASS ALPRESS S.L. queda exonerado de abonar ninguna otra cantidad que se encuentre pendiente o pudiera devengarse en lo sucesivo.

» 5.- Se impongan en todo caso las costas causadas a la parte demandada».



2.- La demanda fue presentada el 3 de enero de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria y fue registrada con el núm. 37/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada. Con fecha 21 de junio de 2011, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria dictó auto por el que acordaba la acumulación del incidente concursal núm. 37/2011 al incidente concursal de impugnación de lista de acreedores núm. 470/2010 incoado en virtud de demanda de Banco de Santander S.A. contra la administración concursal de Ass Alpress S.L.

3.- La procuradora D.^a Iratxe Damborenea Agorria, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se tenga por contestada la demanda, y se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la misma con la imposición de las costas a la contraria.

Subsidiariamente de lo anterior, y para el caso de que resultare estimada la resolución contractual en interés del concurso, se reconozca a favor de mi mandante un crédito contra la masa por importe de 31.620 euros en su defecto al que resulte a fecha de firmeza de la sentencia».

4. - Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, dictó sentencia núm. 90/2011 de fecha 10 de junio , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de ASS ALPRESS SL contra BANCO SANTANDER SA declarando la nulidad del Acuerdo Marco de Operaciones Financieras formalizado con fecha 27 de abril de 2006 y de los contratos de permuta financiera de tipo de interés SWAPS formalizados el 27 de abril de 2006 y el 9 de febrero de 2007 entre los litigantes.

» Y condenando a BANCO SANTANDER SA a reintegrar a la demandante las cantidades que le hayan sido cobradas con ocasión del contrato de los contratos de operaciones financieras, así como las cantidades que hayan percibido durante la tramitación del procedimiento como consecuencia de las liquidaciones previstas en el contrato, minoradas en su caso con las cantidades que la citada sociedad haya percibido del banco, y al pago de los interés legales de todas las cantidades objeto de devolución al tipo del interés legal del dinero desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria, todo ello sin especial imposición de costas.»

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander S.A. La representación de Ass Alpress S.L. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el núm. de rollo 278/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 439/2012 en fecha 3 de septiembre , cuya parte dispositiva dispone:

«DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. representada por la Procuradora Sra. Damborenea, frente a la sentencia dictada con fecha 23 de noviembre de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad en el Inc. concursal número 470/10 del Concurso abrev. seguido ante el mismo con el número 302/10, y CONFIRMAR la misma, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

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

1.- La procuradora D.^a Iratxe Damborenea Agorria, en representación de Banco de Santander, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del art. 469.1.4 de la LEC , en relación con el art. 24.1 de la Constitución y los arts. 326 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 de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , 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».

«Segundo.- Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC , por infracción del art. 5 del Anexo relativo al Código General de Conducta de los Mercados de Valores aprobado mediante el RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas



de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en ese artículo. Todo ello, en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil ».

«Tercero.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC , por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas. Existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002 , 9 de mayo de 2005 , 25 de septiembre de 2006 y 27 de septiembre de 2007 ».

«Cuarto.- Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC por vulneración de los arts. 7.1 , 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil , la doctrina de los actos propios, y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación de los mismos».

«Cuarto [entiéndase Quinto].- Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC , por infracción del art. 1303 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara la restitución de los intereses devengados por los importes abonados por el Banco Santander S.A. a Ass Alpress S.L. con ocasión del contrato declarado nulo».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«La Sala acuerda: 1.º 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, el 3 de septiembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 278/2012 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 470/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria. 2.º 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.»

3.- Se dio traslado a la parte recurrida Ass Alpress, S.L., para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 15 de febrero de 2016, 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 2 de marzo de 2016, 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.- La entidad Ass Alpress S.L. (en lo sucesivo, Ass Alpress) interpuso demanda contra Banco de Santander, S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander o el banco) en solicitud de que se declarara la nulidad del acuerdo marco de operaciones financieras suscrito el 27 de abril de 2006 y de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (swaps de tipos de interés) formalizados el 27 de abril de 2006 y el 9 de febrero de 2007, se ordenara la restitución de las prestaciones percibidas por la demandada por razón de dichos contratos, se condenara al banco a restituir a Ass Alpress 13.278,14 euros y se declarara que esta queda exonerada de abonar ninguna otra cantidad que se encuentre pendiente o pudiera devengarse en lo sucesivo.

2.- Las partes habían suscrito un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 27 de abril de 2006, en el seno del cual concertaron una permuta financiera de tipos de interés denominado "Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-in In Arrears" con inicio el 2 de mayo de 2006, nominal de 500.000 euros y vencimiento el 4 de mayo de 2009.

El 9 de febrero de 2007 firmaron un documento de cancelación de la anterior permuta financiera en el que acordaron cancelar anticipadamente la operación en su totalidad el día 9 de febrero de 2007, con un gasto para el cliente de 13.9666 euros. En el mismo documento se concertó un nuevo contrato de permuta financiera de tipos de interés, denominado esta vez "Swap Bonificado Reversible Media", con inicio el 12 de febrero de 2007, nominal de 500.000 euros y vencimiento de 13 de febrero de 2012.



La contratación del contrato marco de operaciones financieras y del primer swap estaba vinculada al contrato de arrendamiento financiero nº 6461480 y la póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, ambos de 8 de mayo de 2006. El segundo contrato de permuta financiera ha generado pérdidas para la demandante hasta noviembre de 2010 (que se cifran en 13.278,14 euros, teniendo en cuenta la liquidación de abonos y cobros) lo que motiva la interposición de la demanda iniciadora del presente procedimiento.

3.- El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia estimatoria de dicha demanda, al considerar que no se acredita que el cliente se encontrara debidamente informado del producto, pues sin perjuicio de la explicación verbal y la exhibición del gráfico de evolución, no consta que pudiera tener en su poder la documentación escrita para su detenido examen con carácter previo a la firma del documento.

4.- El banco recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil. La Audiencia Provincial desestimó el recurso.

En su sentencia, la Audiencia descartó la caducidad de la acción, al entender que los dos swaps están vinculados y la fecha de vencimiento del segundo era el 13 de febrero de 2012 .

Consideró que Banco Santander había incumplido la normativa aplicable, en concreto el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, vigente en el momento de la contratación; en concreto consideró que el banco no proporcionó una información precisa, correcta y adecuada acerca de las características de los productos suscritos, así como del alcance de las obligaciones y, sobre todo, del riesgo asumido por la demandante, resultando, además, de la prueba practicada, que la iniciativa de la contratación partió del propio banco; declaró que los swaps están directamente relacionados con un contrato de arrendamiento financiero y una póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, pues el banco quería determinadas garantías de recobro de las cuotas; consideró asimismo que no consta cumplido el deber de información y que la referencia al riesgo lo es en términos genéricos, sin especificar cuáles son esos riesgos, añadiendo que los escenarios que se recogen en los anexos no constituyen la previsión y expectativas de los mercados y tipos de interés.

Respecto de la aplicación de la teoría de los actos propios, la Audiencia afirmó que no puede fundarse en un acto o declaración de voluntad que se ha acreditado nulo por vicio del consentimiento, ya que los actos viciados en su origen no causan estado, no pudiéndose tampoco apreciar que se haya producido una confirmación tácita por la ejecución de los contratos litigiosos desde la firma del primero de ellos, resultando lógico que se cuestionen los contratos cuando se reciben saldos negativos de forma continuada, pues es entonces cuando se empieza a percibir el riesgo.

5.- Banco Santander ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, con base en un motivo, y recurso de casación, articulado en torno a cinco motivos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Segundo.- *Formulación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

«Al amparo del art. 469.1.4 de la LEC , en relación con el art. 24.1 de la Constitución y los arts. 326 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 de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible».

2.- El motivo se desarrolla criticando la valoración de la prueba documental y testifical que realiza la Audiencia Provincial, a la que se tilda de «manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible», puesto que se aleja de la sana crítica.

Considera la recurrente que los contratos de permuta financiera pueden tener, efectivamente, una finalidad de cobertura, discrepando de la afirmación contenida en la sentencia relativa a que ni siquiera un avezado profesional sería capaz de llegar a comprender el alcance de los contratos swap, lo que le lleva a concluir que el tribunal de apelación tiene un juicio preconcebido erróneo de dichos contratos.

Afirma asimismo la recurrente que el anexo de funcionamiento de la permuta financiera explica correctamente cómo funciona la operación y advierte de las consecuencias negativas; además, señala, el funcionamiento es tan simple y tan básico que cualquier error sobre el mismo de un diligente empresario resulta difícil de creer. En cuanto al coste de la cancelación, el contrato informa adecuadamente pues advierte que la cancelación «se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el Cliente del coste correspondiente», y asimismo el contrato contiene una declaración de las partes de que no ha sido asesorada



por la otra sobre la conveniencia de realizar la operación, lo que ha entenderse como una advertencia de que el banco no asesora sobre la futura evolución de los tipos de interés.

Según razona la recurrente, la sentencia de la Audiencia habría incurrido en la infracción denunciada al no haber asumido las declaraciones del empleado del banco Sr. Javier , que declaró que hubo diversas reuniones con el legal representante de la demandante, que se explicó el producto y que nunca se ofreció como un seguro sino como una cobertura para estabilizar el costo financiero de la empresa.

Mantiene que la entidad bancaria no está obligada por la normativa bancaria a aportar previsiones sobre la evolución de los tipos de interés, además, cuando se contrataron los swaps, las previsiones eran alcistas como así se demostró en los dos años posteriores a la contratación

Y concluye afirmando que el banco nunca recibió reclamación alguna por parte del representante legal de Ass Alpress, siendo el administrador concursal el que solicitó la oportuna autorización judicial para proceder a la resolución contractual del contrato de permuta financiera.

Tercero.- *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1.- Como tiene dicho con reiteración esta Sala, en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da 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.

La 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.

Además, como ya dijimos en la sentencia 613/2015, de 10 de noviembre , en todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a la fijación de los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que el cliente no estaba en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas de los productos financieros contratados y que, por ello, prestó un consentimiento viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

2.- Sobre esta base, la sentencia recurrida no infringe los preceptos citados como tales por el recurrente (artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , relativo a la fuerza probatoria de los documentos privados; y artículo 376, sobre la valoración de la prueba testifical). En primer lugar, porque según se desprende del tenor literal de los propios artículos, ninguno de ellos puede ser aplicado aisladamente, sino que ha de hacerse de forma armónica y coordinada con todas las demás reglas de valoración probatoria, que conforman el denominado principio de valoración conjunta de la prueba, tal y como hace la sentencia impugnada.

Y en segundo término, no cabe apreciar que la sentencia de instancia haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado que el primer swap se encontraba estrechamente vinculado al contrato de arrendamiento financiero y la póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, concertados días después, y que no se acredita que el cliente se encontrara debidamente informado del producto, pues el banco no proporcionó una información precisa, correcta y adecuada sobre las características de los productos suscritos, así como del alcance de las obligaciones y de los riesgos asumidos por el cliente, a lo que ha de añadirse que, como ha quedado declarado en la instancia, de la prueba testifical, en concreto de la declaración Don. Javier , empleado del banco recurrente, resulta que la iniciativa para acordar las operaciones financieras partió del propio banco.

3.- En concreto, la Audiencia, partiendo de la base de que las operaciones se realizaron con anterioridad a la vigencia de la trasposición de la normativa MiFID (Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008), consideró que la entidad financiera no había ofrecido la información a que obligaba la legislación vigente en esas fechas (concretamente, el real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), por lo que el cliente no podía ser conocedor de los riesgos que contraía al suscribir los contratos, riesgos que se exponen de manera genérica, sin especificar cuáles son los mismos.



Como ya dijimos en la sentencia núm. 613/2015, de 10 de noviembre, antes citada, en su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico la información ofrecida al cliente aseguraba o no una prestación del consentimiento por parte del mismo con los requisitos legalmente exigibles, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Sobre esta cuestión, decíamos en la sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo :

«No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio ; 211/2010, de 30 de marzo ; y 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

Por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación.

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

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente tenor:

«Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , 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 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.- Los argumentos en que basa la recurrente el motivo son, sucintamente, que los preceptos invocados han resultado infringidos porque la sentencia es contraria a la presunción *iuris tantum* [que admite prueba en contrario] de validez de los contratos que mantiene nuestra jurisprudencia para salvaguardar el principio de seguridad en el tráfico jurídico, omite el carácter excepcional y restrictivo de los vicios del consentimiento, no exige los requisitos de esencialidad, excusabilidad y nexo causal necesarios para apreciar el error invalidante, y realiza una valoración jurídica errónea de los hechos probados.

Quinto.- 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 de 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 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 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 , 535/2015, de 15 de octubre , 547/2015, de 20 de octubre , 549/2015, de 22 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 562/2015, de 27 de octubre , 563/2015, de 15 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 595/2015, de 30 de octubre , 607/2015, de 17 de noviembre , 610/2015, de 30 de octubre , 613/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 633/2015, de 13 de noviembre , 634/2015, de 10 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 668/2015, de 4 de diciembre , 669/2015, de 25 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 671/2015, de 10 de diciembre , 673/2015 y 674/2015, de 9 de diciembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 689/2015, de 16 de diciembre , 691/2015 y 692/2015, de 10 de diciembre , 693/2015, de 4 de diciembre , 726/2015, de 22 de diciembre , 738/2015, de 30 de diciembre , 741/2015, de 17 de diciembre , 742/2015, de 18 de diciembre , 743/2015, de 29 de diciembre , 744/2015, de 30 de diciembre , y 747/2015, de 29 de diciembre , 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 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 predispuestas 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. En las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, declaramos:

«Al mismo tiempo, 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 del cliente, una empresa familiar dedicada a un ámbito totalmente ajeno al mundo financiero (fundición de metales), que se vio necesitada de contratar el swap para así poder concertar un contrato de leasing y una póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, y que no recibió por parte del banco 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 citado 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, riesgos que no consta fueran conocidos por la mercantil actora.

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, como ya dijimos en la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, dictada resolviendo un recurso idéntico al presente, 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 del administrador de la demandante.

Sexto.- *Formulación del segundo motivo del recurso.*

1.- El epígrafe de este motivo es del siguiente tenor:

«Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC, por infracción del art. 5 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello, en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la afirmación de la sentencia recurrida de que el banco debió informar al cliente de la previsión y expectativas de los mercados y tipos de interés es incorrecta, pidiendo que la Sala declare que los deberes informativos 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.

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

1.- Banco Santander solicita expresamente que la Sala se pronuncie sobre la cuestión relativa a los deberes de información de las empresas de inversión, en este caso un banco, cuando concertan contratos de swap con sus clientes, en concreto que se declare que los deberes informativos 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 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 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.

2.- En la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, declaramos:

«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.

»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.»

No hay constancia de que estas informaciones se hayan facilitado a la empresa demandante, razón por la cual, debido a este déficit de información, esta no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

Octavo.- Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- El tercer motivo del recurso se encabeza así:

«Al amparo del art. 477.2.3º LEC, por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas. Existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002, 9 de mayo de 2005, 25 de septiembre de 2006 y 27 de septiembre de 2007 ».

2.- Las razones que se exponen para fundamentar el motivo son, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia que afirma que la contravención de normas imperativas o administrativas no implica necesaria y automáticamente la nulidad de pleno derecho de los actos o contratos.

Noveno.- Decisión de la Sala. Falta de base del motivo.

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no anula el contrato por aplicación del art. 6.3 del Código Civil, sino por la concurrencia de error vicio del consentimiento, que era la causa alegada en la demanda.

Como ya dijimos en la sentencia 549/2015 de 22 de octubre, la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error. Y así se ha hecho en la sentencia recurrida, en la que se declara la nulidad de los swap concertados ya que la falta de información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco Santander determina la concurrencia de error excusable en la demandante y hoy recurrida.

2.- El motivo se basa en una premisa incorrecta y por tanto debe ser desestimado.

Décimo.- Formulación del cuarto motivo del recurso de casación.

1.- El enunciado que encabeza este motivo es el siguiente:

«Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC por vulneración de los arts. 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 mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación de los mismos».

2.- Los argumentos que fundamentan el motivo son, sintéticamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta, en primer lugar, que el swap suscrito el 27 de abril de 2006 fue cancelado anticipadamente, con un coste para el cliente de 13.965,99 euros, por lo que Ass Alpress sí estaba advertida previamente de que la cancelación anticipada del swap puede tener un elevado coste y que puede dar lugar a liquidaciones negativas



y, en segundo lugar, que existen actos de confirmación de ambos contratos como es la aceptación durante los años 2007 a 2010 de las liquidaciones trimestrales positivas que recibía la empresa y la liquidación anual que la empresa tenía que abonar al banco.

Undécimo. *Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato.*

1.- Al resolver sobre esta objeción debemos, necesariamente, hacernos eco de la doctrina que expusimos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un motivo de casación idéntico. En esta sentencia declarábamos:

«La 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».

2.- Además, como ya dijimos en la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, 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.

Cierto es que, en el presente caso, se canceló anticipadamente un swap (con el consiguiente coste para el cliente) y se contrató otro, en teoría más favorable, que se mantuvo durante al menos tres años durante los que se produjeron liquidaciones positivas y negativas, pero, como bien razona la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, resulta lógico que los contratos se cuestionen a partir del momento en que los saldos resultan negativos de manera continuada y por importe significativo, pues es entonces cuando se alcanza a percibir el riesgo asumido, razonamiento que no contradice en modo alguno la doctrina de esta Sala antes expuesta, lo que debe conducir a la desestimación de este motivo cuarto del recurso.

Duodécimo. *Formulación del quinto motivo del recurso de casación.*

1.- El enunciado que encabeza este motivo es el siguiente:

«Al amparo del art. 477.2.º de la LEC por infracción del artículo 1303 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara la restitución de los intereses devengados por los importes abonados por Banco Santander S.A. a Ass Alpress S.L. con ocasión del contrato declarado nulo.»

2.. El motivo plantea, en síntesis, que ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación condenan a la mercantil demandante a la devolución a Banco de Santander de los intereses legales generados por los importes abonados por este en la cuenta de Ass Alpress con ocasión de la ejecución de los contratos litigiosos, infringiendo la obligación de restitución recíproca de las cosas objeto del contrato y el precio con sus intereses.

Decimotercero.- *Decisión de la Sala. Cuestión nueva en casación e improcedencia de plantear mediante un motivo de casación una pretensión que pudo ser solventada vía aclaración de sentencia.*

1.- La razón o causa de la ineficacia del contrato ha sido la nulidad por error vicio en el consentimiento. El efecto de esta nulidad viene regulado en el art. 1303 CC : «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

Es cierto que conforme a este precepto la recíproca restitución de las prestaciones percibidas alcanza también a los frutos e intereses, por lo que, en principio, debía haberse solicitado y acordado en este sentido.

Pero debemos advertir que esta cuestión no fue planteada ni en la demanda ni en la contestación a la misma. La sentencia de primera instancia condenó al reintegro por parte del banco de las cantidades cobradas y de las percibidas durante la tramitación del procedimiento, minoradas con las cantidades que, en su caso, haya percibido la sociedad demandante del banco y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución al tipo del interés legal desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria.

Esta aplicación del art. 1303 CC no fue objetada por el demandado, ahora recurrente en casación, tampoco en el recurso de apelación interpuesto, razón por la cual puede considerarse una cuestión nueva planteada por vez primera en la casación.

2.- Además, se observa que en el último inciso del fundamento de derecho primero de la sentencia de primera instancia se afirma textualmente:



«Las consecuencias de la nulidad también han sido examinadas por la Audiencia que determina que proceda acordar la restitución recíproca de las cantidades percibidas con devolución de las que cada una de las partes haya percibido con los intereses correspondientes desde la fecha de su cargo o abono con arreglo a las cantidades fijadas».

De tal afirmación se deduce que las restituciones de cantidades por cada una de las partes debe llevar consigo la de sus propios intereses. Sin embargo, en el fallo se condena «[...] al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de devolución al tipo de interés legal del dinero desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria [...]».

Esta posible contradicción entre lo afirmado en los razonamientos jurídicos de la sentencia de primera instancia y el fallo, debería de haberse intentado corregir mediante el mecanismo de la aclaración de sentencia o, incluso, a través del recurso de apelación, por lo que, si la recurrente no fue lo suficientemente diligente en su momento para intentar corregir esta posible discrepancia, no puede ahora sustentar un motivo de casación con ese exclusivo fin, ya que el recurso de casación tiene por función corregir aplicaciones o interpretaciones incorrectas de las normas legales, pero no simples errores materiales de las sentencias de instancia, lo que determina que el citado motivo deba resultar también desestimado.

Decimocuarto . *Costas y depósitos.*

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

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

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

FALLAMOS

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia núm. 439/2012 de fecha 3 de septiembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Primera, en el recurso de apelación núm. 278/2012 .

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

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

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