



Roj: **STS 4238/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4238**

Id Cendoj: **28079110012015100545**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2015**

Nº de Recurso: **1513/2012**

Nº de Resolución: **550/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario de casación e infracción procesal interpuesto por "VIARMI SA", representada ante esta Sala por el procurador D. Marcos Juan Calleja García, contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2012 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 65/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm.789/11 del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Zaragoza. Sobre nulidad de contrato de confirmación de swap ligado a inflación. Ha sido parte recurrida "BANCO SANTANDER, SA", representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoó.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador D. Carlos Berdejo Gracián, en nombre y representación de "VIARMI S.A.", interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil "BANCO DE SANTANDER S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia « A) DECLARACIÓN DE NULIDAD

A.1) .- Se declare la nulidad del contrato "confirmación swap ligado a inflación" y de todos sus anexos o documentos que lo completen, concertado el día 1 de octubre de 2008 entre BANCO DE SANTANDER, S.A y VIARMI,S.A con restitución de las partes a la situación anterior a la fecha de formalización de dicho contrato.

A.2).- Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se condene a BANCO DE SANTANDER, S.A a reintegrar a VIARMI S.A. las cantidades que le hayan sido cobradas con ocasión del contrato "confirmación swap ligado a inflación" y todos sus anexos o documentos que lo complementen, concertado el día 1 de octubre de 2008, así como las cantidades que dicha entidad bancaria haya percibido durante la tramitación de este procedimiento como consecuencia de las liquidaciones previstas en dicho contrato, minoradas en su caso con las cantidades que la mercantil demandante pudiera percibir del Banco y 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.

B) DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

Subsidiariamente al pronunciamiento señalado con la letra A), se declare la resolución del citado contrato "confirmación swap ligado a inflación" y todos sus anexos o documentos que lo complementen, concertado entre la demandada y la actora el día 1 de octubre de 2008, condenando a BANCO DE SANTANDER, S.A a indemnizar a VIARMI, S.A mediante el reintegro de todas las cantidades que le haya sido cobradas con ocasión del contrato, así como las cantidades que dicha entidad bancaria haya percibido durante la tramitación de este procedimiento como consecuencia de las liquidaciones previstas en dicho contrato minoradas en su caso con las cantidades que la mercantil demandante pudiera percibir del banco y al pago de los intereses legales de todas las cantidades objeto de reintegración, al tipo de interés legal del dinero, desde cada fecha de cobro por la entidad bancaria.



C/ COSTAS

Se condene a BANCO SANTANDER, S.A al pago de las costas derivadas de la sustanciación del presente procedimiento, por imperativo legal.

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 20 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia Nº 20 de Zaragoza y fue registrada con el núm. 789/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D^a María Luisa Hueto Saenz, en representación de la mercantil BANCO DE SANTANDER, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba « que admita este escrito junto con los documentos que lo acompañan, y tenga por contestada la demanda interpuesta por VIARMI S.A contra mi representado, y tras los trámites procesales oportunos, dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas."

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 25 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

1º) Se desestima la demanda interpuesta por VIARMI S.A

2º) Se absuelve a BANCO DE SANTANDER S.A

3º) No se hace condena en costas.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de VIARMI. SA

La resolución de este recurso correspondió a la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 65/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Viarmi S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza, el día 25 de noviembre de 2011 en autos ordinario nº 789/2011, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a dicho recurrente de las costas causadas en alzada

Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se le dará el destino legal que proceda».

SEXTO.- El procurador Sr. Carlos Berdejo Gracián en representación de VIARMI S.A, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«El presente recurso extraordinario se interpone al amparo del artículo 469.1.4º, considerándose que la valoración probatoria efectuada por la resolución recurrida y la sentencia que acoge de instancia, ha resultado arbitraria e ilógica con la entidad suficiente como para entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo, se advierten determinadas incongruencia que inciden desfavorablemente en la apreciación de la mencionada vulneración y se alega vulneración del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

« Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Interés Casacional- y con base en los siguientes fundamentos por entender que la sentencia ha resuelto un punto o cuestión sobre el que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales"

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 15 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "VIARMI, S.A" contra la Sentencia dictada, con fecha 30 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 65/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 789/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza.

2º) De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC 2000 , entréguese copias de los escritos de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DIAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.



De conformidad con lo dispuesto en los arts 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno».

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

NOVENO.- Por providencia de 8 de septiembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de septiembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 1 de octubre de 2008, la compañía mercantil "Viarmi, S.A.", dedicada a la construcción, montaje y reparación de "matrickería" especial, prensas hidráulicas y excéntricas, forja normal y artística y elementos metálicos varios, celebró con el "Banco de Santander, S.A.", con quien mantenía relaciones comerciales desde hacía más de treinta años, un contrato denominado "confirmación swap ligado a inflación", con un nominal de 400.000 €, a un interés fijo del 3,65% y ocho años de plazo. La actora es una pequeña empresa que por aquellas fechas tenía ocho trabajadores en plantilla, obtuvo un resultado de explotación en el año 2008 de 40.353 € y en 2009 incurrió en pérdidas. En mayo de 2011, "Viarmi, S.A." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba la declaración de nulidad del referido contrato por vicio del consentimiento (error o, alternativamente, dolo), con obligación de restitución recíproca de las prestaciones; y subsidiariamente, la resolución del contrato, por incumplimiento de la entidad financiera.

2.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 20 de Zaragoza, éste dictó sentencia en la que consideró que no existía vicio del consentimiento, ni incumplimiento del banco demandado, por lo que desestimó la demanda. No obstante, consideró acreditado que la documentación entregada al cliente fue incompleta, pues teniendo el contrato nueve páginas, solo se le facilitaron las números 5, 6, 8 y 9, pero no las numeradas con el 1, 2, 3, 4 y 7. Pese a lo cual, concluyó que, dado que la misma empresa había concertado antes otro contrato financiero complejo denominado "tridente" (sobre el que no das más detalles sobre su contenido, clausulado o función económica) y visto el contenido del test de idoneidad (que tampoco detalla o analiza), su consentimiento no estaba viciado, pues ni habría error, ni el mismo sería excusable, como demostraría que el cliente tardara un año en hacer la primera reclamación, al recibir una liquidación negativa.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, el mismo fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que asumiendo las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, consideró que dada la experiencia previa del cliente y la información contenida en el contrato marco de operaciones financieras, así como el resultado del test de idoneidad, tuvo conocimiento suficiente de las características del producto. Por lo que desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-

1.- "Viarmi, S.A." formuló un único motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, que a su vez se descomponía en dos submotivos; alegando primeramente que las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida eran arbitrarias e ilógicas; y en segundo lugar, infracción del artículo 217 de la LEC, al alterarse las reglas de la carga de la prueba.

2.- Como regla general, en nuestro sistema procesal civil, no es dable revisar la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, y 263/2012, de 25 de abril-. No obstante, 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. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17



de febrero , que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas). Más en concreto se ha venido indicando que procede la revisión probatoria: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (Sentencias de 8 y 10 de noviembre de 1994 , 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002); b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (Sentencias de 28 de junio y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2001 ; 21 de febrero y 13 de diciembre de 2003 y 9 de junio de 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (Sentencias de 28 de enero de 1995 , 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (Sentencias de 20 de febrero de 1992 , 28 de junio de 2001 , 19 de junio y 19 de julio de 2002 , 21 y 28 de febrero de 2003 , 24 de mayo , 13 de junio , 19 de julio y 30 de noviembre de 2004); d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (Sentencia de 3 de marzo de 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (Sentencias de 24 de diciembre del 994 18 de diciembre de 2001 y 29 de abril de 2005); e) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones (Sentencias de 10 de diciembre de 2008 , 8 de febrero de 2008 y 8 de marzo de 2007 , con cita a las de 14 , de abril de 1997 , 17 de marzo de 1997 , 11 de noviembre de 1997 , 30 de octubre de 1998 , 30 de noviembre de 1998 , 28 de mayo de 2001 , 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004).

3.- A partir de tales consideraciones, 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, con adecuada explicación argumental, que existió suficiente información precontractual y que se realizó al cliente el test de idoneidad, cuyo resultado fue favorable. En concreto, la Audiencia considera que no existió error vicio por las siguientes y resumidas razones: 1) En el contrato marco de operaciones financieras se ofrecía información suficiente para la comprensibilidad de la relación entablada; 2) El cliente tenía experiencia previa en la contratación de productos financieros complejos (el antedicho "tridente"); 3) El test de idoneidad reveló que el perfil del cliente era adecuado para la contratación del swap ligado a la inflación. En su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico dicho nivel de información asegura una prestación del consentimiento por parte del cliente con los requisitos legalmente exigibles, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, siendo propio de la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo , "[n]o 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 y 211/2010, de 30 de marzo ; 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".

4.- En cuanto a la carga de la prueba, no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia (Sentencia de esta Sala núm. 244/2013, de 18 de abril , entre otras muchas). Y eso no es lo sucedido en este caso, en que la sentencia recurrida no aprecia ausencia de prueba, sino que, antes al contrario, partiendo de los hechos que considera probados, considera que concurrió en la demandante un consentimiento no viciado y que, a lo sumo, si hubo



error por su parte el mismo fue inexcusable. Razones por las cuales, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto al resolver el recurso de casación, el extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Recurso de casación.-

1.- El único motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción del artículo 1.265 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto que la sentencia recurrida no aprecia error en el consentimiento por parte de la recurrente en la celebración del contrato litigioso. Ciertamente, como advierte la parte recurrida, el motivo no está formulado con la depurada técnica casacional que sería deseable, en tanto que no identifica en el encabezamiento la norma supuestamente infringida, ni expresa la jurisprudencia que se pretende establezca la sentencia de este Tribunal. No obstante, teniendo en cuenta que en el desarrollo del motivo se identifican correctamente las sentencias de distintas Audiencias Provinciales (y de otras secciones de la misma Audiencia Provincial de Zaragoza) que pueden resultar contradictorias con la recurrida y se argumenta de manera también correcta en qué consiste, a criterio de la recurrente, la vulneración de la regulación legal sobre el error como vicio del consentimiento y su interpretación jurisprudencial, los mencionados déficits de formulación casacional no pueden erigirse en obstáculos insalvables para la admisión del recurso. Sobre estas cuestiones de admisibilidad, la Sala fijó criterio en su Auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 -recurso nº 485/2012- (acogido posteriormente en Sentencia 351/2015, de 15 de junio) y que ahora reproducimos en los aspectos relevantes para resolver la cuestión suscitada:

" 2.- Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse "absolutas" ("notorias" las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración. Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse "absoluta", como puede ser el carácter irrecorrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal. Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como "pretensión autónoma de inadmisibilidad" que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.

3.- Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia".

2.- Como ha quedado dicho, la sentencia recurrida considera que no hubo error vicio en el consentimiento, o que por lo menos el mismo resultó inexcusable. Sin embargo, aparte de la parquedad explicativa en cuanto al análisis del contrato marco y del test de idoneidad, a efectos de valoración jurídica, resulta cuando menos llamativo que se obvie una cuestión trascendental, cual es que el cliente nunca pudo tener conocimiento completo y depurado de la operación desde el mismo momento en que ni siquiera tuvo acceso a la totalidad del clausulado del contrato cuya nulidad se insta, el de swap, dado que no se le facilitaron más de la mitad de



las páginas de que se componía; de manera tal que, aun partiendo de los hechos declarados en la instancia y dando por sentado que hubiera información verbal, difícilmente puede considerarse completo el conocimiento del cliente si no tuvo a su disposición, por escrito, datos esenciales tales como el importe del notional, el tipo de interés o la duración del contrato. Así mismo, respecto del test de idoneidad, el documento fue prerredactado y cumplimentado por el director de la sucursal, quien se lo envió por fax a la empresa demandante simplemente para que lo firmara persona autorizada y se lo devolviera. Por tanto, difícilmente puede sostenerse que el test de idoneidad revelaba la adecuación del perfil del cliente al producto contratado cuando éste ni siquiera intervino en su cumplimentación. Antes al contrario, con los datos ya indicados (un resultado de explotación en 2008 de poco más de 40.000 € y pérdidas en 2009), no resulta lógico pensar que "Viarmi, S.A." optara por un producto especulativo o de riesgo, sino que su finalidad debería ser la contraria, de carácter asegurativo.

En cuanto a la hipotética experiencia en inversión financiera de la recurrente por haber concertado previamente el contrato referido al producto denominado tridente, el examen de la documentación obrante en las actuaciones pone de manifiesto: a) El producto en cuestión fue contratado en mayo de 2007, no por "Viarmi, S.A.", sino por una comunidad de bienes integrada por la presidenta y el secretario del consejo de administración de dicha sociedad; b) No se trataba de una permuta de interés, sino de un producto estructurado ligado al rendimiento de las acciones de "Deutsche Telekom, A.G.", "Eon A.G." y "Bayer, A.G." en la Bolsa alemana. De ello se desprende que aunque ambos productos, el swap y el estructurado tuvieran en común su aleatoriedad, no pueden considerarse en modo alguno similares, por cuanto uno está ligado a la evolución de los tipos de interés y otro a la fluctuación en un mercado secundario oficial de tres grandes compañías mercantiles alemanas. De ahí la dificultad de conexión entre uno y otro contrato, a efectos de atribuir experiencia inversora a "Viarmi, S.A." (o más bien, a sus administradores). Y por último, el contrato marco de operaciones financieras, como su propia denominación indica, es un documento de carácter general, no referido a ninguna operación concreta, que no puede amparar la falta de información sobre la específica operación realizada dentro de su concepción globalizadora; máxime si la documentación de dicha operación concreta ni siquiera se facilita de manera completa al cliente.

3.- A tal efecto, hemos de advertir que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, ya que como la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014, *"esa ausencia de información permite presumir el error"*. A lo que debe añadirse que el contrato y sus clausulados, cuyo conocimiento completo ni siquiera consta que llegara a tener el cliente al faltar varias de las páginas, no fueron individualmente negociados, al tratarse de un contrato predispuesto por la oferente con vocación de proyectarlo a una generalidad de clientes (contrato de adhesión); y su clausulado no cumple las especificaciones de claridad y transparencia que exigía ya en su fecha, amén de la normativa MIFID y su trasposición a la legislación nacional, la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Máxime cuando lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera vienen concretados en la normativa MIFID (actualmente en los artículos 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, de redacción posterior a la firma del contrato) y 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, período y cálculo propuestos, satisface o no su utilidad o conveniencia comercial. 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. Como recalca la meritada Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014, *"el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato"*. Añadiendo que *"En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía"*. Aquí ni siquiera se realizó un test de conveniencia, por lo que difícilmente puede afirmarse que el producto era adecuado al perfil de los clientes. En suma, parafraseando nuevamente la citada Sentencia, *"La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados"*



que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo". Y como hemos dicho, el test de idoneidad fue preparado por la propia entidad, como un elemento más del conjunto documental al que el cliente debía prestar su adhesión, incumpliendo así su función de prospección del perfil del contratante para evaluar la adecuación del producto financiero a sus condiciones personales y económicas.

4.- En lo relativo al error como vicio del consentimiento, no tenemos más que remitirnos a la tan citada Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2014, que dice: "Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista 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 cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, 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 nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación. De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. 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".

De ello cabe concluir las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.



5.- En relación con este producto complejo, "Banco Santander, S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Existió, por lo tanto, un error en el consentimiento de "Viarmi, S.A." que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil . Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (Sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la Sentencia de 13 de febrero de 2007 , para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero , cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013 , la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Razones por las cuales debe prosperar el recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y estimando el recurso de apelación interpuesto por "Viarmi, S.A." contra la sentencia de primera instancia, estimar íntegramente la demanda deducida por dicha entidad contra "Banco Santander, S.A.".

CUARTO.-Costas y depósitos.-

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Del mismo modo, la estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, conforme previene el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin que tampoco proceda expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el mismo precepto. Y en cuanto a las costas de primera instancia, deben imponerse a la parte demandada, según determina el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3. - Devuélvase el depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil "Viarmi, S.A." contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 65/12 .

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "Viarmi, S.A." contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 65/12 .

3.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos estimar el recurso de apelación interpuesto por "Viarmi, S.A." contra la sentencia núm. 187/2011, de 25 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Zaragoza , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 789/11, que se revoca y deja sin efecto; y en su lugar, estimando la demanda inicial del procedimiento, formulada por "Viarmi, S.A.", contra "Banco Santander, S.A.", declaramos la nulidad del contrato "confirmación swap ligado a inflación" y de todos sus anexos o documentos que lo completan, concertado entre las partes el 1 de octubre de 2008; condenando a "Banco Santander, S.A." a restituir a "Viarmi, S.A." las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas al cliente durante la vigencia del contrato, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas; con los intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de percepción.

4.- Se imponen a la parte recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario de infracción procesal. No haciendo expresa imposición de costas del recurso de apelación y condenando a "Banco Santander, S.A." al pago de las costas de la primera instancia. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido por este último.



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 Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno , Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ