



Roj: **STS 4917/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4917**

Id Cendoj: **28079110012015100644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2015**

Nº de Recurso: **1607/2012**

Nº de Resolución: **675/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1125/2012,**  
**STS 4917/2015**

## **SENTENCIA**

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A (BANESTO), representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Cayetana de Zulueta Luchsinger, contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2012 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación núm.79/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 543/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, sobre nulidad de contrato de permuta financiera (Swap). La parte recurrida, LEONCIO GONZÁLEZ SA., no se ha personado ante esta Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La procuradora D<sup>a</sup> Purificación Marcos Gegunde, en nombre y representación de la entidad LEONCIO GONZÁLEZ, S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A (BANESTO) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que «A) Se declare la nulidad del "contrato sobre operaciones financieras" suscrito, con fecha 27 de junio de 2007, entre LEONCIO GONZÁLEZ, SA y BANESTO, SA.

B) En virtud de la nulidad del contrato, se condene a la demandada a restituir a la demandante la cantidad de 26.846,55 ? más los intereses legales de dicha cantidad bien desde la recepción del Burofax o bien desde la fecha de presentación de esta demanda.

C) Se condene a a demandada al pago de las costas procesales causadas.»

**SEGUNDO**.- La demanda fue presentada el 28 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo y fue registrada con el núm. 543/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**TERCERO**. El procurador D. Luis de Miguel-Bueres Fernández, en representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, SA, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

**CUARTO**.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez dictó sentencia de fecha 4 de noviembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando íntegramente la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales doña Purificación Marcos Gegunde, en nombre y representación de Leoncio González S.A., contra Banco Español de Crédito S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 27 de junio



de 2007, que unían a ambas partes, con los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento y con condena a la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, todo ello con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas.»

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO (BANESTO).

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 79/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de abril de 2012, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA., contra la sentencia dictada en autos de juicio civil Ordinario, que con el número 543/11 se siguieron ante el Juzgado de 1ª Instancia número 8 de Oviedo. Sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte apelante.»

**SEXTO.-** El procurador D. Luis de Miguel-Bueres Fernández, en representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A ("BANESTO"), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

« **Primero.-** Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 316, 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 razonabilidad constitucionalmente exigible.

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

Los motivos del recurso de casación fueron:

« **Primero.-** Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 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.

**Segundo.-** Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC, por infracción de los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 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.»

**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 personada únicamente la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 21 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA: Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación del "BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO", contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª), en el rollo de apelación 79/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 543/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo.»

**OCTAVO.-** Por providencia de 5 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 12 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 27 de junio de 2007, la compañía mercantil "Leoncio González, S.A.", pequeña empresa dedicada a la distribución de bebidas y alimentación en la localidad de Meres (Asturias), celebró con el "Banco Español de Crédito, S.A." (actualmente, "Banco Santander, S.A.") un denominado "contrato sobre operaciones financieras", cuyo objeto era el intercambio de tipos de interés y con vencimiento en junio de 2020. El antecedente de dicho



- contrato fue el ofrecimiento que le hizo al efecto la entidad bancaria, dado el pasivo que mantenía la empresa con la misma, ascendente a un total de 294.532,37 ?.
- 2.- En el desenvolvimiento negocial de tal contrato, inicialmente el cliente recibió liquidaciones positivas, entre junio de 2007 y septiembre de 2008, por importe total de 589,13 ?; pero entre marzo y septiembre de 2009 recibió liquidaciones negativas por un total de 11.435,68 ?.
- 3.- Hechas por el cliente las oportunas reclamaciones extrajudiciales a "BANESTO", únicamente se le ofreció la cancelación anticipada del contrato, pagando "Leoncio González, S.A." para ello 16.000 ?.
- 4.- En abril de 2011, "Leoncio González, S.A." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Español de Crédito, S.A.", en la que solicitaba la declaración de nulidad del referido contrato por vicio del consentimiento y la condena a la entidad financiera a restituir 26.846,55 ?, con sus respectivos intereses.
- 5.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Oviedo, éste dictó sentencia estimatoria de la demanda, por considerar que hubo error en el consentimiento, dado que no consta que se ofreciera información previa al cliente, ni se le facilitó ningún documento o folleto adicional, por lo que el cliente no alcanzó a comprender la naturaleza de la operación financiera que estaba contratando.
- 6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad financiera demandada, el mismo fue resuelto por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo desestimó por las siguientes y resumidas razones: (i) el contrato suscrito era complejo, especulativo y de alto riesgo, lo que exigía un nivel reforzado de información al cliente; (ii) el swap no se ajusta a los fines de cobertura del riesgo de subida de los tipos de interés; (iii) el error del cliente consiste en la creencia inducida de que se está asegurando frente a dicha subida de tipos de interés, cuando ello no es así. Por lo que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada.
- SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-**
- 1.- El primer motivo del recurso de infracción procesal formulado por "Banco Santander, S.A." se formula al amparo del artículo 469.1.4 LEC , por infracción de los artículos 316 , 326 y 376 LEC , al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.
- 2.- Venimos diciendo con reiteración al resolver motivos de infracción procesal con este contenido que nuestro ordenamiento procesal civil no reconoce la posibilidad de tercera instancia en los procesos civiles, ni el recurso de infracción procesal permite la revisión de la prueba practicada en la instancia, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De manera excepcional, únicamente es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación-, 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, como se ha adelantado, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal por este motivo 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 , 276/2006 , 64/2010 y 138/2014 ; y de esta Sala 635/2012, de 2 de noviembre , 223/2015, de 29 de abril , y 313/2015, de 21 de mayo , entre otras muchas). 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 del producto financiero contratado y que, por ello, prestó un consentimiento viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.
- 3.- Sobre esta base, la sentencia recurrida no infringe los preceptos citados como tales por el recurrente ( artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , relativo al reconocimiento de hechos en la prueba de interrogatorio de parte; artículo 326 de la misma Ley , 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, con adecuada explicación argumental, que no existió suficiente información precontractual y que el cliente no conocía realmente el producto ofertado, puesto que no se le facilitó ningún folleto o documento explicativo previo, el contrato era poco expresivo por sí mismo y no consta que el cliente tuviera experiencia suficiente en este tipo de productos como para comprender su función y los riesgos que asumía. La mención a la intervención de fedatario público en el contrato no es sino un simple error material, que además no produce efecto alguno en el razonamiento, por cuanto se cita para decir que no tendría trascendencia respecto del error en el consentimiento.

En cuanto a que se trata de una sentencia estereotipada o "de modelo", ello sería atacable, en su caso, por la vía del artículo 469.1.2º LEC ("Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia") y no por la vía del nº 4 del mismo precepto. Pero es que, además, no ocurre así en este caso. Una cosa es que la sentencia se remita a otros pronunciamientos del mismo tribunal en materia de swap, lo que incluso es conveniente a efectos de seguridad jurídica, y otra que ello implique ausencia de razonamiento, puesto que, asumiendo las conclusiones probatorias de la primera instancia, dentro de sus facultades de valoración de la prueba ( artículo 456.1 LEC ), concluye -en sintonía con otras resoluciones previas- que en el caso existió error en el consentimiento que debía dar lugar a la nulidad contractual instada en la demanda.

Tampoco puede considerarse que se haya vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (que es a lo que se refiere el cauce impugnatorio elegido) ni norma procesal alguna, por el hecho de que el tribunal conceda mayor o menor credibilidad a las declaraciones testificales, puesto que se encuentra dentro de sus facultades valorativas. Ya hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 ) que no puede tacharse de arbitrario o ilógico que el tribunal de instancia no considere probado el ofrecimiento de información por la mera declaración en tal sentido de los empleados de la entidad financiera, que precisamente serían los obligados a facilitarla y tendrían importantes reticencias para reconocer que habrían incumplido dicho deber.

Ni tampoco es contrario a derecho que la sentencia no otorgue valor absoluto a la advertencia contenida en el contrato bajo el epígrafe "Aviso Importante", pues se trata de una valoración jurídica que podrá revisarse en casación, pero no por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal. E igual sucede con las menciones contractuales genéricas a que el producto podría generar riesgos. Además, hemos advertido en numerosas resoluciones que este tipo de menciones predisuestas por la entidad bancaria, consistentes en declaraciones no de voluntad, sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponente ( sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; y 265/2015, de 22 de abril ; entre otras muchas). La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con tales exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente.

4.- 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. Como 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.*"

Razones por las cuales, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto al resolver el recurso de casación, este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

5.- El segundo motivo de infracción procesal se fundamenta en el art. 469.1.2º LEC y denuncia infracción del artículo 217 LEC . El mencionado precepto, que contiene una serie de normas sobre 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 indecisoria 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).

6.- 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 viciado por error, que debe dar lugar a la nulidad del contrato concertado con la entidad financiera demandada. La sentencia, al remitirse a la dictada por el juzgado de primera instancia, valora la prueba practicada y decide en función de su resultado y no por la aplicación de una regla legal ante la ausencia de prueba. De hecho, resulta contradictorio que el primer motivo del recurso de infracción procesal denuncie la aplicación incorrecta de determinados preceptos sobre valoración probatoria y el segundo se refiera a la carga de la prueba, pues si ha habido prueba de interrogatorio de parte, documental y testifical, que ha sido valorada en la instancia, no parece que lo resuelto haya tenido su fundamento en la aplicación de una normativa prevista para la ausencia de probanza. Razones por las cuales, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debemos hacer al respecto al resolver el recurso de casación, este segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

### **TERCERO.- Recurso de casación.-**

#### **I.- Primer motivo.-**

1.- El primer motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, en cuanto que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a un supuesto error cuyos requisitos no han sido acreditados.

2.- Como en el recurso se citan como infringidas numerosas Sentencias de esta Sala que tratan el error vicio del consentimiento en relación con diversas figuras contractuales, hemos de advertir que sobre los contratos de permuta financiera o swap existe ya un reciente y abundante cuerpo de doctrina dictada por esta Sala, representado por las Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 54720/15, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; y 588/2015, de 10 de noviembre. Las cuales puede afirmarse que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos. Más en particular, como quiera que el contrato litigioso se firmó antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley del Mercado de Valores que traspuso a nuestro Derecho interno la normativa MiFID, haremos referencia a la regulación anterior, que hemos dado en llamar pre-MiFID. No sin antes advertir, como también hemos puesto de manifiesto en diversas resoluciones, que posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información, de manera tal que el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

3.- Así, hemos dicho en la Sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, con remisión a la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa



del mercado de valores ya daba «[u]na destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

4.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción (que, como veremos, se cita como infringido en el tercer motivo de casación), ya establecía 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 "[a]segurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y 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, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

" 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".

5.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, la entidad financiera prescindió de todo el procedimiento normativamente previsto para la selección del cliente, el estudio de la adecuación del producto a su perfil inversor y el ofrecimiento de una información mínimamente expresiva de las características de la operación. En concreto, ni se ofreció información precontractual, ni se estudió la idoneidad del producto para las condiciones económicas y patrimoniales de la pequeña empresa con la que se concertó, ni se le informó debidamente de los riesgos que asumía, tanto por la posibilidad de liquidaciones negativas de importante impacto económico, como por la existencia de un elevado coste de cancelación si, ante dicha contingencia, decidía dar por concluido anticipadamente el contrato. Como hemos advertido en resoluciones precedentes, ya numerosas, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, puesto que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, "esa ausencia de información permite presumir el error". A lo que debe añadirse que el contrato y sus estipulaciones 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 exigían la mencionada normativa pre-MiFID y 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, concretados en las normas antes transcritas 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. No se trata de que "Banesto" 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.



6.- Si bien la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentúa la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, ya con la anterior regulación, aplicable al caso por la fecha de suscripción del contrato, también era exigible dicha conducta activa, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad recurrente 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 consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la celebración de un contrato como el swap, que es un producto complejo y arriesgado ( Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la ya citada Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014 ), respecto de una pequeña empresa, cuya única pretensión era cubrirse, dado el pasivo que mantenía con la propia entidad financiera, frente a las eventuales subidas de los tipos de interés.

7.- 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.... 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.....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.... 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"* .

8.- De ello cabe concluir, como venimos diciendo reiteradamente, 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- 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.

9.- En relación con este producto complejo, "Banesto" 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. Y no solo no se aseguró de que "Leoncio



González, S.A." reunía las condiciones precisas para la suscripción del contrato de permuta financiera, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo. Sin que ello suponga que el error tuviera lugar cuando se recibieron las primeras liquidaciones negativas, pues dicho momento fue, en su caso, el de advertencia del error, pero no el de acaecimiento del mismo, que tuvo lugar cuando se prestó el consentimiento sin tener noción precisa del riesgo asociado al producto contratado.

El carácter esencial del error viene determinado porque recae justamente sobre aquellos extremos del contrato respecto de los que la normativa del mercado de valores exige a las empresas de este ámbito que informen a sus clientes de manera específica sobre la naturaleza y riesgos del producto que les oferten. Y es inasumible la afirmación de que no se justifica el nexo de causalidad entre el error y la formalización del contrato, puesto que lo que se deduce de la sentencia recurrida es que fue el banco quien, con incumplimiento de sus deberes legales de información, indujo a la sociedad demandante a contratar un producto financiero complejo y arriesgado totalmente inadecuado para su perfil inversor; en lo que en diversas sentencias de esta Sala hemos denominado "error heteroinducido".

En consecuencia, dado el completo déficit de información al cliente y la total ausencia de comprobaciones por parte de la entidad financiera sobre la adecuación del producto a su perfil, existió un error en el consentimiento de "Leoncio González, S.A." que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia recurrida.

10.- 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. Y como expresamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son 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 requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Razones todas por las que debe desestimarse el primer motivo de casación.

## **II.- Segundo motivo.-**

1.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 477.2.2º LEC, por infracción de los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, al no declarar la sentencia recurrida subsanado el supuesto error padecido en la contratación, en virtud de la doctrina de los actos propios. Según dicho motivo, resumidamente, el hecho de que la relación contractual entre las partes hubiese durado más de cuatro años y el cliente hubiera recibido sin objeción varias liquidaciones positivas supone un acto propio que implica que, aunque hubiera existido un error inicial, el mismo fue superado y el cliente acabó finalmente teniendo conocimiento cierto del producto para emitir un consentimiento válido y convalidar el error que, en su caso, pudiera haber tenido anteriormente.

En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, 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, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la actora hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación del contrato. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 del Código Civil .

2.- En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil . Como dijimos en la Sentencia de 14 de octubre de 1998 :

*"En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el art. 1262 CC , según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el **contrato** »; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación **contractual**, pero no sobre lo ya verificado.*

*Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal".*

3.- Hemos dicho en la reciente Sentencia 535/2015, de 15 de octubre , al resolver un recurso de casación prácticamente idéntico, que "[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración". Razón por la cual no cabe considerar que en este caso se produjera una confirmación del contrato que sanara su anulabilidad. Lo que debe conducir a la desestimación de este segundo motivo de casación.

### III.- Tercer motivo de casación.-

1.- Este motivo se formula al amparo del artículo 477.2.2º LEC , por infracción del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y del art. 5.3 del Anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, en relación con los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil .

2.- Advirtiendo de inicio que ni el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores se aplica al caso, puesto que no estaba en vigor cuando se firmó el contrato (como correctamente advierte la sentencia recurrida), ni por tanto puede resultar infringido, este motivo no supone sino una reformulación del primer motivo de casación, por lo que dado que en su resolución hemos hecho referencia expresa a los deberes de información legalmente impuestos a las entidades financieras y a la influencia de su incumplimiento en la génesis del error en el consentimiento, no tenemos más que remitirnos a lo ya argumentado, para evitar inútiles reiteraciones. Como hemos dicho en la Sentencia 549/2015, de 22 de octubre , "[c]uando 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 la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esta 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 imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".*

3.- Debemos insistir igualmente en que la información que la empresa de servicios de inversión debe proporcionar a su cliente no tiene que incluir una previsión de la evolución de los tipos de interés, sino que debe suministrar una información clara y comprensible, incluyendo una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, cerciorándose 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. Tanto antes como después de la incorporación a nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, la entidad financiera tenía la obligación de 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. Para el banco, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada 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 magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia 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. No habiéndose hecho así "Banesto, S.A.", la empresa "Leoncio González, S.A." no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

4.- Razones por las cuales este último motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

#### **CUARTO.-Costas y depósitos.-**

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

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

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

#### **FALLAMOS**

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de fecha 23 de abril de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6ª, en el recurso de apelación núm. 79/12.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, 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, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.