



Roj: **STS 1493/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1493**

Id Cendoj: **28079110012017100234**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2017**

Nº de Recurso: **204/2014**

Nº de Resolución: **243/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5261/2013,**
STS 1493/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 543/2013 por la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 46/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Xátiva, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Francisco Ruiz Hernández en nombre y representación de la mercantil Sanchís Chafer S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Soledad Valles Rodríguez en calidad de recurrente y el procurador don Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de Banco Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Francisco Ruiz Hernández, en nombre y representación de la mercantil Sanchís Chafer S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don José Antonio Pérez Vercher, contra Banco Santander S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.º.- La nulidad y/o anulabilidad del contrato denominado «contrato marco de operaciones financieras. Contrato de Confirmación de permuta financiera de tipo de interés. Swap flotante bonificado», de fecha 22/02/2008, así como de cuantos otros fuera necesario para anular la eficacia de cuanto aquí se pretende condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

»2.º.- Con carácter subsidiario se declare la nulidad y/o anulabilidad en cuanto a las cláusulas relativas al vencimiento anticipado incluidas en los contratos reseñados.

»3.º.- De forma alternativa a cualquiera de las dos declaraciones anteriores, declare la resolución o cancelación de los contratos a instancia de los actores, sin que tengan que asumir gasto alguno en virtud de dichos pronunciamientos.

»4.º.- Que en cualquiera de los supuestos anteriores, declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas constante la vigencia del contrato. Dichas cantidades devengarán (sic) el interés legal del dinero desde la fecha de cobro que se verá incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

»5.º Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».



SEGUNDO .- El procurador don Juan Bautista Santamaría Bataller, en nombre y representación de Banco de Santander, y asistido del letrado don Antonio Poveda Bañón contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte demandante».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Xátiva, dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de la entidad Sanchís Chafer S.L., contra la entidad Banco Santander S.A., debo declarar y declaro la nulidad del «Contrato Marco de Operaciones Financieras, Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipo de interés, Swap Flotante Bonificado», de fecha 22/02/2008, por lo que debo condenar y condeno a la demandada a que reintegre las cantidades percibidas de la actora incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de suscripción del contrato, minoradas, en su caso en las cantidades abonadas a la actora con sus correspondientes intereses, todo ello con condena en costas a la parte demandada. Las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento correrán a cargo de la parte demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco de Santander S.A, contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Xátiva en autos de juicio ordinario n.º 46/12, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, se desestima íntegramente la demanda formulada por la mercantil Sanchís Chafer S.L, absolviendo a la entidad Banco de Santander S.A, de las pretensiones contra ella dirigidas, con expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia a la parte demandante y sin hacer expresa imposición de las devengadas en esta alzada. Se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de Sanchís Chafer, S.L., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 217 LEC . Segundo.- Infracción del artículo 218 LEC , en relación con el artículo 24.1 y 120 CE . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos. Primero.- Infracción del artículo 79 y 79 bis Ley Mercado de Valores en relación con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Inversión en relación con el artículo 7 Código Civil . Segundo.- Infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia. Tercero.- Infracción de los artículos 1309 , 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil en relación con el artículo 1261 del mismo texto legal en cuanto a los actos propios y convalidación/confirmación de los contratos». Cuarto.- Necesidad de unificación por el **Tribunal Supremo** de la interpretación de los artículos 1261 y siguientes del Código Civil en relación con los artículos 79 y 79 bis Ley Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Inversión en relación con el artículo 7 Código Civil por infracción de las reseñadas normas, existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de septiembre de 2016 , se acordó la admisión del recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de marzo del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y de confirmación de permuta financiera por error vicio en el consentimiento prestado. Dichos contratos fueron posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.



2. En síntesis, la entidad Sanchís Chafer S.L, empresa familiar dedicada la venta al por mayor y por menor de confección y artículos de deporte, contrató con Banco Santander, el 22 de febrero de 2008, una póliza de préstamo de interés variable (contrato ICO) por importe de 50.000 €, más los intereses. A continuación, el 25 de febrero de 2008, las partes suscribieron un contrato de leasing. Dicho contrato, a petición de la empresa fue resuelto anticipadamente en febrero de 2011, con un pago de 68.454,54 euros.

El 22 de febrero de 2008, y tras la oferta de la entidad financiera para hacer frente a una posible subida de intereses, las partes suscribieron los contratos que son objeto del litigio. Un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y una permuta financiera de tipos de interés «swap flotante bonificado». Con fecha de 25 de febrero de 2008 y de vencimiento a 25 de febrero de 2011, y por importe nominal de 250.000 euros.

El cumplimiento del contrato de permuta financiera comportó para el cliente unas liquidaciones positivas por importe de 381,25 euros, frente a unas liquidaciones negativas por importe de 18.283,24 euros.

3. En este contexto, la empresa ejercitó contra la entidad financiera una demanda con la pretensión principal de nulidad de dichos contratos por error vicio en el consentimiento prestado y, con carácter subsidiario, la nulidad de las cláusulas relativas a la cancelación anticipada y, en su caso, la resolución de dichos contratos sin coste alguno para la demandante.

La entidad financiera se opuso a la demanda y solicitó su libre absolución.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. De la prueba practicada destacó el carácter familiar de la empresa y que no era profesional del tráfico bursátil. Que sólo hubo una indicación verbal del producto, sin fichas o folletos explicativos, ni oferta documental previa. Que se hizo el test de conveniencia, que fue completado en sus respuestas en el ordenador de la entidad bancaria. Que los contratos, pese a tener una cláusula en donde se contemplaba que las partes conocían y aceptaban los riesgos, no especificaban que riesgos concretos se derivaban de dicho producto financiero. Por lo que consideró, en suma, que el cliente no pudo comprender el correcto funcionamiento de este producto complejo, dado que firmó dichos contratos al tiempo de suscribir los contratos de préstamo y de leasing, sin tiempo de analizar o reflexionar sobre el alcance o sus consecuencias.

5. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, la sentencia de la Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia, con la desestimación de la demanda. De la prueba practicada concluyó que hubo una información similar a la que se desprendía del contenido de los contratos. Valoró que dicha información era suficiente a los efectos del cumplimiento de este deber por la entidad financiera. Consideró que el cliente, tras el pago de las liquidaciones negativas y su oposición a la reestructuración del swap, optando por el cumplimiento, había confirmado el contrato suscrito, de acuerdo con el artículo 1311 del Código Civil. Por último, destacó que el cliente no había empleado la diligencia de un ordenado comerciante.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que han sido admitidos.

7. Con carácter previo debe señalarse que la causa de inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, con relación a su motivo segundo, ausencia de subsanación de la alegada falta de motivación e incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, dada su conexión con la razón de fondo de la estimación del recurso, se abordará en el examen de dicho motivo. Con relación al recurso de casación, debe señalarse que la recurrente sí que justifica el interés casacional que ampara la formulación del recurso, como pone en evidencia el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala a raíz de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Carga de la prueba e incongruencia omisiva.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal segundo del artículo 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en dos motivos.

2. En el primer motivo, denuncia la infracción del artículo 217 LEC, por no haber desplazado la carga de la prueba a la entidad financiera en orden a acreditar el cumplimiento del deber de información, en los términos que prevé la normativa objeto de aplicación.

3. El motivo debe ser desestimado.

La sentencia recurrida considera que del contenido de los contratos suscritos la información suministrada al cliente era suficiente a los efectos del cumplimiento de este deber por la entidad financiera. Por lo que ante la existencia de prueba, no cabe aplicar la normativa relativa a la carga de la misma.



4. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 218 LEC , con relación al artículo 24. 1 y 120 CE . Argumentó que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva al no dar respuesta a las pretensiones subsidiarias con relación a la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada y, en su caso, la resolución sin coste de los contratos suscritos.

5. El motivo debe ser desestimado.

En primer término, tal y como alega la parte recurrida, procede la desestimación del motivo dado que el recurrente no solicitó la debida aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia recurrida en los extremos alegados (artículo 215 LEC).

En segundo término, porque la sentencia recurrida sí que se pronuncia, expresamente, sobre las referidas cuestiones, al final de su fundamento tercero de derecho:

«[...]De conformidad con las anteriores consideraciones, no es de apreciar la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento prestado por la entidad SANCHÍS CHAFER al suscribir el contrato de permuta financiera de 22 de febrero de 2008, sin que de ello tampoco pueda concluirse ni la de la declaración de nulidad -anulabilidad- de la cláusulas relativas al vencimiento anticipado, ni la pretensión alternativa de resolución o cancelación del referido contrato».

Recurso de casación.

TERCERO.- *Contratos de permutas financieras posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vician al consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial sobre confirmación de permutas financieras.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477. 2 LEC , interpone recurso de casación que articula en cuatro motivos.

2. En los motivos primero, segundo y cuarto, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 79 y 79 bis LMV, así como del Real Decreto 629/993, de 3 de mayo y del Decreto 217/2008, de 15 de febrero . Junto con la infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

3. Procede el examen conjunto y sistematizado de dichos motivos a la hora de abordar el cumplimiento de los deberes de información y su trascendencia en el error vicio del consentimiento prestado.

4. Los motivos deben ser estimados.

Tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Si se encuadran en la primera categoría se deben suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV).

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV 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), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

5. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (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 ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015 . de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; y 510/2016, de 20 de julio).

6. En el presente caso, la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero, o del riesgo que podía comportar el coste



económico de su cancelación anticipada. Cumplimiento que no puede resultar acreditado, tal y como hace la sentencia recurrida, con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos.

En este sentido, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, 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. 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.

El incumplimiento del deber de información sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». 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 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 y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

La omisión de los referidos deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que 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.

A su vez, 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 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.

En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 595/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...] Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

Por último, con relación a la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera, esta sala, en su sentencia 594/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál sería 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. Como hemos dicho antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la



evolución de la inflación, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la «apuesta» que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

»En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el coste de cancelación se fijarla por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

»Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba».

7. En el motivo tercero, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1309, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil, en relación con el artículo 1261 del mismo texto legal. Argumenta que el pago de las liquidaciones negativas, derivadas de los productos financieros, no supuso ni una confirmación tácita de las permutas financieras, ni tampoco un acto propio en dicho sentido.

8. El motivo debe ser estimado.

La sentencia recurrida, al considerar que los referidos pagos son constitutivos de una confirmación tácita del cliente, subsanadora del error vicio en el consentimiento otorgado, se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala relativa a la confirmación de los contratos de permuta financiera.

En este sentido, sentencia 503/2016, de 19 julio, tenemos declarado:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.

»Como decíamos en dicha sentencia, 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, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, 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.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen 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 de los contratos».

En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también hemos declarado que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 1310, 1311 y 1313 del Código Civil.

En el presente caso, que la recurrente tuviera una voluntad cumplidora y, por tanto, abonase las correspondientes liquidaciones negativas, no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados. Antes al contrario, lo que evidencia es la buena fe contractual del demandante y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado.

9. La estimación de los motivos comporta la estimación del recurso de casación. En consecuencia, al oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia uniforme de esta sala, debe estimarse el recurso de casación y anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto de Banco Santander contra la sentencia de primera instancia, y confirmar ésta última.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398. 1 LEC.



2. La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto artículo 398.2 LEC .
3. La estimación del recurso de casación comporta la desestimación del recurso de apelación de Banco Santander, por lo que procede su condena a las costas de dicho recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
4. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal del entidad Sanchís Chofer S.L., contra la sentencia dictada, con fecha 25 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, en el rollo de apelación núm. 543/2013 . 2. Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación procesal contra la sentencia citada que casamos y anulamos para, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada Banco de Santander, confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2, de Paterna, de 15 de febrero de 2013 , dictada en el juicio ordinario núm. 46/2012. 3. Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente. 4. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 5. Procede imponer las costas de apelación a la parte demandada apelante. 6. Procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**