



Roj: **SAP PO 340/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:340**

Id Cendoj: **36057370062015100076**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **719/2013**

Nº de Resolución: **85/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME CARRERA IBARZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00085/2015

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N31730

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0002378

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000719 /2013

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 11 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000150 /2013

Apelante: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO

Procurador: MARIA DEL CARMEN LOPEZ DE CASTRO

Abogado: JAVIER GILSANZ USUNAGA

Apelado: GALLEGA DE SUMINISTROS INDUSTRIALES 2020, S.L

Procurador: ANA MARIA PAZO IRAZU

Abogado: JAVIER LOIS BASTIDA

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Jaime Carrera Ibarzabal, Presidente; D. Jaime Carrera Ibarzabal, D^a. Magdalena Fernández Soto y D. Eugenio Francisco Miguez Tabarés, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 85/15

En Vigo, a dos de marzo de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de procedimiento ordinario número 150/13, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de Vigo, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación **719/13**, en los que es parte **apelante** - BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, representado por el Procurador D^a. María del Carmen López de Castro



y asistido del letrado D. Javier Gilsanz Usunaga; y, **apelada** - Gallega de Suministros Industriales 2020 S.L., representado por el procurador D^a. Ana Pazo Irazu y asistido del letrado D. Javier Lois Bastida.

Ha sido Ponente el Il^{mo}. Magistrado D. Jaime Carrera Ibarzabal, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 11 de Vigo, con fecha 15 de octubre de 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda deducida por la Procuradora Sra. PAZO IRAZU quien actúa en nombre y representación de GALLEGA DE SUMINISTROS INDUSTRIALES 2020, S.L. contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. y en su consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad del contrato de conformación de permuta financiera de tipos de interés ("swap bonificado reversible media") suscrito por las partes en fecha 10 de mayo de 2007.

2.- CONDENO a la demandada BANCO SANTANDER, S.A. al pago a GALLEGA SUMINISTROS INDUSTRIALES 20120, S.L. de la suma de SESENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTISIETE CENTIMOS DE EURO (79.884,27.- €), junto con los interés señalados en el fundamento jurídico sexto.

En cuanto a las costas estese a lo establecido en el ultimo fundamento jurídico de esta resolución."

"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 26 de febrero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- *Caducidad de la acción* .

Ciertamente nos hallamos ante una acción de anulabilidad en cuanto que el vicio denunciado afecta al consentimiento, pero el contrato realmente existe. De ahí que, efectivamente, la norma aplicable sea el art. 1301 del Código Civil , en cuanto previene que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y que este tiempo empezará a correr, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 mayo 2008 , expone: "Esta Sala ha declarado con reiteración, entre las más recientes, en sentencia de 9 de mayo de 2007 , que el plazo de cuatro años que fija el art. 1301 para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las acciones ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, según se desprende del art. 1300 del Código Civil , al cual se remite implícitamente el art. 1301 'concurran los requisitos que expresa el art. 1261', es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales no hay contrato (sentencias de 18 octubre 2005 , 4 octubre 2006 , 6 septiembre 2006 , 28 septiembre 2006 y 22 febrero 2007 ".

La cuestión que se plantea es la de determinar el *dies a quo* del cómputo de los cuatro años.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 2003 , señala: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse, de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr «desde la consumación del contrato». Este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de



ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo» y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó». Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil. Entender que la acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta".

Y la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, itera: "Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato. No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : « Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó" ».

El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de « ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico ». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil. La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata",



conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Pues bien, en el caso presente, las partes formalizaron el contrato "Swap Bonificado Reversible Media" con fecha 10 de mayo de 2007. Atendiendo a la dicción del art. 1301 del Código Civil (en cuanto señala que el cómputo del plazo se inicia desde la consumación) y a la citada doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en el caso presente, ya se fije el plazo inicial en la fecha en que el ahora demandante vino a tener noticia de la naturaleza del vicio que afectaba al consentimiento (que puede situarse en el mes de junio de 2010, fecha de la comunicación que remite a la entidad de crédito para mostrar su disconformidad con la firma del mismo) o aún situándolo en la de vencimiento del contrato, es decir el 21 de mayo de 2010, en que se produce la definitiva consumación de los vínculos obligacionales que generó, es llano que presentada la demanda con fecha 22 de febrero de 2013, no había transcurrido el plazo prescriptivo de los cuatro años y, consecuentemente, la acción se hallaba plenamente viva y vigente.

Segundo.- *Infracción de los arts. 216 y 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el principio de justicia rogada y la iniciativa de la actividad probatoria.*

Señala la parte recurrente que el tribunal de instancia ha valorado determinados documentos no obrantes en los autos, lo que comporta una actividad de oficio por el tribunal, que vulnera los principios procesales de justicia rogada e iniciativa probatoria, al tiempo que produce indefensión al recoger la sentencia pronunciamientos basados en documentos que no han sido aportados por ninguna de las partes.

En efecto, el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales y el art. 282 de la misma Ley, establece que las pruebas se practicarán a instancia de parte; sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.

Ciertamente, la sentencia de instancia incluye en su Fundamento de Derecho Tercero, relativo a la "naturaleza del contrato" ("Swap Bonificado Reversible Media"), unos textos transcritos de la "Memoria Anual del Banco de Santander S. A." correspondiente al año 2007 y del "informe de gestión incluido en el informe anual de 2007" del "Banco de Santander S. A." (que captura de la página web de la entidad). Y, evidentemente, se trata de una documentación que no ha sido aportada a iniciativa de ninguna de las partes procesales y sin que nos hallemos ante un supuesto en que, por razón de los intereses sociales o públicos, el legislador haya prescindido del poder de disposición reconocido a las mismas (como ocurre, por ejemplo, con los procesos especiales que regula el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por ello y, en principio, la unión y valoración de tal documentación no puede calificarse de procesalmente ortodoxa. Pero no cabe olvidar que el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene, en cuanto al objeto de la prueba, que la misma tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. En el escrito de demanda se ejercitaba, de manera principal, una acción de nulidad del contrato de "Swap Bonificado Reversible Media" por vicio de consentimiento, sustancialmente basado en la falta o la insuficiencia de información por parte de la entidad bancaria. Y tal es la pretensión que acoge la sentencia de instancia. Las referencias documentales que recoge la sentencia (de la Memoria Anual y el informe de gestión del "Banco de Santander S. A." y la definición del producto "Swap Bonificado Reversible Media"), se relacionan y tratan de explicar la estrategia financiera del banco en la época a que se remiten y el conocimiento, por la entidad de crédito, del contexto financiero de fuerte incertidumbre y elevado riesgo, así como el incremento anormal de la volatilidad del interés con tendencia bajista, pero en ningún caso se vinculan con lo que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia en cuanto al tema principal, que no es otro que el determinar, precisamente, si ha existido o no información y, en su caso, si la misma resulta o no suficiente. Por ello, no estaríamos sino ante un *obiter dictum*, es decir, ante consideraciones valorativas meramente complementarias y que, en cuanto tales, no serían estrictamente necesarias para



decidir la pretensión de la parte actora (repárese en que, aún haciendo abstracción de aquellas referencias documentales, el pronunciamiento estimatorio tendría perfecto fundamento probatorio y valorativo) y, en tal sentido y en cuanto no se han utilizado como razón básica para adoptar la decisión, no puede decirse que vulneren el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada o que hayan provocado algún tipo de indefensión, toda vez que la cuestión litigiosa ha sido decidida ateniéndose a las alegaciones de las partes, realizadas en momento procesal pertinente y al resultado de la actividad probatoria desarrollada a instancia de las mismas.

Tercero.- *Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil en cuanto al error invalidante; infracción de los arts. 316 , 326 , 376 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta e infracción de los arts. 5 del Real Decreto 629/1993 y 63. 1 G y 79 quater de la Ley de Mercado de Valores .*

1. La sentencia de instancia, tras la valoración probatoria, concluye afirmando que no consta que, ni en forma documental ni verbalmente, se haya proporcionado una información a la parte demandante sobre el producto que se le ofrecía, que reúna las exigencias legales, por lo que declaraba la nulidad del contrato de "Swap Bonificado Reversible Media" con fundamento en el error inexcusable sufrido por la misma como vicio contractual derivado de una defectuosa información proporcionada por la demandada en contra de la normativa que cita.

Ciertamente la respuesta conjunta a tales motivos impugnatorios pasa por analizar, en primer término, el tipo de información prenegocial que se ofrece por la entidad a la actora sobre el producto a contratar, de suerte que, naturalmente y con respecto a la inexistencia de error esencial e inexcusable, el elemento de controversia que se introduce se circunscribe a determinar si la actora fue o no adecuadamente informada del contenido del contrato con carácter previo a su suscripción y, en su caso, si dicha falta de información debía determinar la nulidad del contrato. Y, como decíamos en anteriores resoluciones, el planteamiento de tal cuestión hace conveniente la aportación de unas precisiones previas.

a) El contrato " Swap Bonificado Reversible Media ", suscrito por la entidad "Gallega de Suministros Industriales 2020 S. L." y el "Banco Santander Central Hispano S. A." con fecha 10 de mayo de 2007 , constituye un contrato de permuta financiera o " swap " de tipos de interés. El contrato de permuta financiera de tipos de interés (en la terminología anglosajona *interest rate swaps*), que constituye el contrato de cobertura de tipos de interés de mayor implantación en el mercado financiero, viene a conceptuarse, por doctrina autorizada, como aquel en que las partes intercambian flujos de caja asociados a dos créditos de la misma moneda, uno con interés fijo y el otro con interés variable, cuya finalidad es así la gestión y cobertura de los riesgos financieros relacionados con los tipos de interés, de suerte que el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales en sentido estricto, pues no hay en realidad acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

b) Ciertamente se trata de negocios jurídicos que vienen calificados por su complejidad, carácter que se ve normativamente refrendado por lo establecido en el art. 79 bis 8. a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores , reformada por la Ley 47/2007 de incorporación de la Directiva 2004/39/CE, en el que se cataloga a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 (entre los que se encuentran las permutas financieras) como productos complejos por contraposición con los productos no complejos. Decíamos en nuestra sentencia de 19 julio 2013 : "Para quienes tienen conocimientos contables y financieros el funcionamiento de cualquier IRS (*interest rate swap*) puede parecer simple, al menos en sus versiones más sencillas. Sin embargo, lo cierto es que existen elementos contractuales (por ejemplo la cancelación por desistimiento del cliente y las liquidaciones periódicas), que no son tan simples o evidentes. Por ello y porque el resultado económico del *swap* se vincula a un elemento exógeno (un tipo variable, euribor a 12 meses), es muy común aseverar que los *Interest Rate Swaps* deben calificarse como "contratos complejos". Ello es así, hasta el punto de que algunas resoluciones afirman que la misma definición del *Interest Rate Swaps* refleja la complejidad del instrumento financiero, que solo puede ser comprendido y asumido con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el ámbito financiero, o en su caso, previas las oportunas y comprensibles explicaciones. Esta complejidad contractual se ve avalada por lo dispuesto en el actual art. 79 bis i. f) de la Ley del Mercado de Valores , tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID]), donde se califica a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de la Ley de Mercado de Valores (entre los que se encuentran las permutas financieras así como los demás derivados financieros) como "productos complejos" en contraposición a los productos no complejos (ejemplo, acciones y obligaciones que no incorporen derivados). De manera que la complejidad la afirman las propias previsiones legales". Y, efectivamente, las permutas relacionadas con valores, divisas, tipos



de interés - como es el caso - o rendimientos constituyen "instrumentos financieros derivados" calificados, además, en la Ley de Mercado de Valores (arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39 , como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013)".

c) La demandante, a los efectos prevenidos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista, en la medida en que, ni se ha acreditado que se encuentre entre aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, ni tampoco queda incluida en las diversas categorías a las que el precepto atribuye la condición de clientes profesionales (entidades financieras, Estados y administraciones regionales, empresarios que individualmente reúnan las condiciones prevenidas en el mismo precepto o inversores institucionales) y sin que asimismo se trate de cliente que hubiere solicitado con carácter previo la condición de profesional o hubiere renunciado a su tratamiento de cliente minorista.

d) (Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014 :) " Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4. 4 Directiva 2004/39/CE . El art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap , realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014 , expone: "Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 enero 2014 , dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente; en ella se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato.

Hecha la anterior precisión se procede a examinar las dos cuestiones planteadas en el motivo, relativas a la delimitación de los test de evaluación y a la incidencia de la falta de información en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 , en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID - se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco , **antes de la perfección del contrato**, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del Código Civil , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales



instrumentos o estrategias (art. 79 bis Ley de Mercado de Valores, apartados 2 y 3 y art. 64 del Real Decreto 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar - y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera - lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad - no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor " que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público ". Además, en la sentencia de 20 enero 2014 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia - que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el art. 73 del Real Decreto 217/2008 - de la finalidad del test de idoneidad - que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada - en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el art. 72 del Real Decreto 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia de 20 enero 2014 , se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- b) 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.
- c) La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 Ley de Mercado de Valores) - 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.
- d) 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 es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente



cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 , en torno a las consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento, señala: "La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261. 2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril). El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 " y reiterado en sentencias posteriores".



4. Como se dijo, la cuestión que se suscita se polariza en torno a la información precontractual o previa a la perfección del contrato. Y, al respecto, en el caso presente, debe partirse de las siguientes consideraciones:

a) El contrato "Swap Bonificado Reversible Media", suscrito por la entidad "Gallega de Suministros Industriales 2020 S. L." y el "Banco Santander Central Hispano S. A." en fecha 10 de mayo de 2007, constituye un contrato de permuta financiera o "swap" de tipos de interés. Y tales productos, como se deja dicho, deben calificarse como complejos, en cuanto se incluyen en la categoría de "instrumentos financieros derivados" y por ello se califican en la Ley de Mercado de Valores (arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39, como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013).

b) En atención a la fecha de celebración del contrato (10 de mayo de 2007), resulta de aplicación la Directiva 2004/39/CE, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), pues como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 2013 : "ha de ser tomada [la Directiva] también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13 / CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con **consumidores**, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, destaca: "La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una 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. No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores".

c) La demandante, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe catalogarse como cliente minorista.

d) La entidad "Banco Santander Central Hispano S. A." actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE y 52 de la Directiva 2006/73/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito (el Sr. Pedro Francisco, director de la sucursal de Lalín) y de forma personalizada al cliente.

Con tales antecedentes y en atención a la doctrina jurisprudencial expresiva de que 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*, como si, al hacerlo, tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, debe analizarse el contenido y alcance de la información proporcionada.

i) La primera de las conclusiones que se alcanza es que no se realizó información precontractual por escrito. La parte demandada expone, en su contestación a la demanda, que se entregó el llamado "Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)". Manifiestamente, como el mismo documento especifica, tiene el carácter de contrato marco o genérico y solamente se refiere en forma meramente enunciativa a las permutas financieras (Swaps), pero sin incluir la menor información sobre tales operaciones. En cualquier caso, la entrega de esa documentación se formalizó no solamente en la misma fecha, sino en unidad de acto, con



la suscripción del contrato ("Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés"), lo que, además de advertir del carácter meramente rituario o formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida después de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma. Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 septiembre 2014 y 12 enero 2015, declaran que la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar con suficiente antelación. Y es que el art. 11 de la Directiva 1993/22 /CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente "en el marco de las negociaciones con sus clientes" y el art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, exige que la información sea "clara, correcta, precisa y suficiente" y que la que debe suministrarse a la clientela "sea entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación".

ii) La información verbal se dice fue proporcionada por personal de la entidad de crédito, concretamente por el director de la sucursal de la localidad donde tiene su domicilio social la empresa actora, Don. Pedro Francisco. Pues bien, no parece lógico que se acuda para tratar de demostrar la adecuación y suficiencia de la información al testimonio de un empleado de la propia entidad bancaria. Y es que tal probanza no resulta fiable, dada la condición del testigo como dependiente de dicha entidad y su lógico interés en el resultado del litigio, pues no puede olvidarse que aquel era la persona encargada de facilitar la información y, en consecuencia, responsable de no haberla realmente proporcionado. Pero es que, además, el testigo reconoció que al principio no entendía el funcionamiento del producto, aunque si lo conocía al tiempo de suscribir el contrato. Evidentemente, con tal antecedente y como conclusión absolutamente obvia, debe convenirse, con la sentencia de instancia, que la información oral precontractual fue inexistente, pues no podía proporcionarla quien a su vez ignoraba el funcionamiento (es decir, la naturaleza, características, riesgos, etc.) del producto que ofrecía y recomendaba.

En suma, la mercantil "Banco Santander Central Hispano S. A." no se cercioró de que el contrato "Swap Bonificado Reversible Media" resultaba conveniente o apropiado para el cliente, sin que se facilitase al mismo una explicación prenegocial completa y real del tipo de producto y especialmente de sus altos riesgos (elemento esencial y decisivo), siendo así que no consta que el cliente tuviera ya tal conocimiento (pues, debe repararse en que no se acredita cualificación especial en el administrador de una sociedad no especializada en mercados de inversión o en el ámbito económico financiero, en relación con los conocimientos precisos de este tipo de productos financieros complejos y que se trataba del primer producto financiero que suscribía, por lo que no cabe calificarlo de inversor experto), de modo que la falta de información suficiente, en cuanto implica la ausencia de conocimiento de causa para tomar la decisión de contratar, provoca un consentimiento no informado y, por tanto, viciado por concurrir error. Y sin que se oponga a tal conclusión el requisito de la inexcusabilidad del error, por cuanto, como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014: "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". Y es que, como sanciona la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 de la Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al



incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

Por consiguiente y en relación con los tres motivos impugnatorios del recurso, contemplados en este apartado, ni la sentencia incurre en error valorativo por apreciar que ha habido vicio del consentimiento en la contratación; ni la valoración probatoria puede calificarse de ilógica o inexistente, pues el tribunal valora la prueba documental y la de testimonios, sin que entre en la ponderación de la prueba pericial, no solamente porque los dictámenes periciales aportados por las partes tenían como objetivo el realizar un análisis de la naturaleza económica y funcionamiento de las permutas financieras, sino porque, como recuerda la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015 "no es posible la práctica de pruebas periciales sobre las cuestiones jurídicas, como es el caso de la adecuación de la información facilitada a las exigencias de la normativa aplicable". Y, en fin, tampoco existe vulneración de la normativa de la ley de Mercado de Valores, en relación con las obligaciones informativas que la misma impone.

Cuarto.- *Infracción de los arts. 1311 y 1313 del Código Civil y de la doctrina de los actos propios* .

La parte recurrente alega la existencia de actos propios que demostrarían la existencia de una confirmación tácita del contrato de permuta financiera, de suerte que devendría de aplicación la doctrina normativa del art. 1313 del Código Civil , según el que la confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, calificando como actos confirmatorios o que se vinculan con la doctrina de los actos propios de la actora, la aceptación de liquidaciones (supuesto al que, ya en el recurso, viene a añadirse la ausencia de queja hasta el mes de junio de 2010).

Tal pretensión deviene improsperable. El art. 1311 del Código Civil dispone que se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Y, como es conocido la llamada doctrina de los actos propios, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia con el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2000 , recuerda: "Como ha señalado la reciente sentencia de esta Sala de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7. 1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias de la Sala, como las de 27 enero y 24 junio 1996 ; 16 febrero , 19 mayo y 23 julio 1998 ; 30 enero , 3 febrero , 30 marzo y 9 julio 1999)" . Y, en relación con sus requisitos, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 mayo 2001 , expone: "... hay que consignar que es principio general de Derecho, que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, principio que tenía ya constancia en el añejo texto de Las Partidas, y que supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación y que son los siguientes: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente (sentencias, por citar entre las más recientes, de 18 de enero de 1990 , 5 de marzo de 1991 , 4 de junio y 30 de diciembre de 1992 , 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993 , 17 de diciembre de 1994 , 31 de enero , 30 de mayo y 30 de octubre de 1995 , 21 de noviembre de 1996 , 4 de enero , 13 de julio , 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 , 23 de mayo , 25 de julio y 25 de octubre de 2000 , 27 de febrero y 16 de abril de 2000)".

Pues bien, ni la aceptación de las liquidaciones (positivas y negativas) ni la ausencia de queja, pueden considerarse como vinculantes actos propios, ni entrañan acto alguno de confirmación tácita del contrato. La jurisprudencia interpretativa del art. 1311 del Código Civil señala que para que se produzca la confirmación tácita es preciso que el acto inequívocamente confirmatorio se realice una vez que se tiene conocimiento de



la causa de nulidad y habiendo esta desaparecido (sentencias del Tribunal Supremo 10 abril 1976 , 27 octubre 1980 , 4 julio 1991 , 15 febrero 1995 , 12 noviembre 1996 y 4 octubre 1998). Y la aceptación de liquidaciones no supone el conocimiento de la causa de nulidad, en tanto que la falta de reclamación o de formulación de queja es consecuencia obvia de ese desconocimiento de la causa de nulidad. Ello además de que la confirmación exige ineludiblemente una actividad libre y consciente con ánimo o voluntad convalidante (sentencias del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1948 y 12 noviembre 1996), que no puede deducirse de la actitud pasiva respecto a las liquidaciones, sin que tampoco quepa inferir de tal hecho la voluntad de renunciar la acción de nulidad del contrato.

Quinto.- *Infracción del art. 1303 del Código Civil .*

Se denuncia infracción del art. 1303 del Código Civil por cuanto - se dice - la sentencia no declara la restitución de los intereses devengados por los importes abonados por "Banco Santander Central Hispano S. A." a la entidad "Gallega de Suministros Industriales 2020 S. L." con ocasión del contrato "Swap Bonificado Reversible Media" suscrito entre ellas y declarado nulo.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 2008 . "Esta línea jurisprudencial ha declarado que el régimen jurídico que establece el art. 1303 del Código Civil , que configura una suerte de *condictio indebiti* y mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (sentencias de 26 julio 2000 y 13 diciembre 2005) nace de la ley y no necesita petición expresa (sentencias de 24 febrero 1992 , 20 junio 2001 , 11 febrero 2003 , etc.) por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio *iura novit curia* por no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo pedido (sentencias del Tribunal Supremo de 22 noviembre 1983 , 24 febrero 1992 y 13 diciembre 2005)".

Pues bien, la sentencia de instancia, condena a la entidad demandada a abonar a la actora la suma de 79.884,27 euros y concede los intereses del art. 1108 del Código Civil desde la fecha del requerimiento extrajudicial. Sin embargo, la cantidad que se reconoce a favor de la entidad demandante, es la resultante de la liquidación efectuada una vez compensadas las liquidaciones a favor y en contra de ambas partes. Es decir, no se condena a la entidad de crédito a devolver la suma total que hubo de satisfacer la actora por las liquidaciones a su cargo, sino que se compensan las mismas con las que satisfizo la entidad bancaria y que resultaron a favor de la actora, de suerte que es la diferencia la que debe asumir la entidad demandada y, por ello, no procede establecer intereses respecto a los importes abonados por la misma.

Sexto.- *Costas procesales .*

La sentencia de instancia aplica en esta materia el art. 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuyo tenor, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

La parte recurrente impugna tal pronunciamiento, estimando aplicable la regla de excepción (serias dudas de hecho o de derecho), al haberse dictado sentencias por las Audiencias Provinciales con criterios divergentes respecto a la declaración de la existencia de error como vicio del consentimiento, por lo que lo que, en realidad, se invoca es que el caso es jurídicamente dudoso.

No puede menos que señalarse la incoherencia de tal planteamiento en relación con la anterior posición del recurrente. En efecto, en el escrito de contestación a la demanda, en sede de costas procesales, la parte demandada solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la demandante "en virtud del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". Evidentemente y a pesar de conocer perfectamente la disparidad de pronunciamientos judiciales que ahora se invoca, no solamente nada se dijo respecto a su acomodación al caso, sino que implícitamente se excluyó su aplicación, al considerarse operativa la regla general del vencimiento y solicitarse, por ello, la condena de la contraria al pago de las costas (evidentemente, de entenderse aplicable la regla de excepción, la petición respecto a la imposición de costas debía ser distinta). Por eso no representaría ningún esfuerzo lógico interpretar nos hallamos ante una petición introducida *ex novo* en el recurso y, por ello, rechazable en virtud de la doctrina normativa del art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : ("en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de instancia..."), que se relaciona con el art. 412. 1 de la misma norma (establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente) y el art. 218. 1 también de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes). Es decir, el ámbito del



recurso no puede superar o ser más amplio que el de las actuaciones que lo motivaron, de suerte que resulta prohibida la posibilidad de formalizar nuevas pretensiones o motivos de oposición por las partes.

En fin, a mayor confusión y tras tratar de justificar su pretensión de no imposición de costas a ninguna de las partes por apreciación de serias dudas jurídicas, el recurrente en el suplico del escrito de formalización del recurso, solicita la revocación de la sentencia e insiste en la petición de imposición de costas al actor.

En cualquier caso, no puede prosperar tal pretensión, por cuanto no nos hallamos ante una cuestión jurídica propiamente dicha, sino de carácter fáctico y relacionada con la valoración probatoria. Efectivamente, no se trata de discrepancias jurídicas respecto al contrato de permuta financiera (naturaleza, características, contenido, etc.), sino de determinar si en el caso concreto concurre el error como vicio invalidante del consentimiento y, para ello, si ha existido o no información suficiente, lo que se decidirá tras la apreciación de las circunstancias particulares concurrentes y la valoración de la actividad probatoria de litis. Al respecto hemos de remitirnos a la doctrina de los autos del Tribunal Supremo de 4 junio 2013 , 8 octubre 2013 o 11 febrero 2014 .

Por lo demás y de conformidad con lo dispuesto en el art. 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.ª María del Carmen López de Castro, en nombre y representación de la entidad "Banco Santander S. A." contra la sentencia de fecha quince de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo , confirmamos la misma, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.