



Roj: **STS 4662/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4662**

Id Cendoj: **28079110012015100609**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2015**

Nº de Recurso: **1381/2012**

Nº de Resolución: **588/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 525/2012,**
STS 4662/2015

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, Tribunal de Marca Comunitaria, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

Es parte recurrida la entidad Inversiones Cutty, S.L., representada por la procuradora Ana Belén Gómez Murillo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Esther Pérez Hernández, en nombre y representación de la entidad Inversiones Cutty, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante, contra la entidad Banco Santander, S.A., para que se dictase sentencia:

"en la que se contengan los siguientes pronunciamientos:

- Declare la existencia de un vicio en la formalización del contrato de permuta financiera de fecha 23 de noviembre de 2007, concretamente el error en el consentimiento que respecto del mismo otorgó Inversiones Cutty, S.L.

- Declare, en consecuencia, la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 23 de noviembre de 2007 por carecer del requisito esencial del consentimiento.

- Declare la inexistencia del citado contrato de permuta financiera de fecha 23 de noviembre de 2007 y la no vinculación de efectos para las partes firmantes del mismo.

- Condene a Banco Santander S.A. a devolver a mi mandante la cantidad de 41.288,46 que son las cantidades que en virtud del referido contrato de permuta financiera de tipos de interés han sido cargados en la cuenta bancaria de mi poderdante.

- Condene a Banco Santander, S.A. a devolver a Inversiones Cutty S.L. las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato de permuta financiera de tipos de interés de fecha 23 de noviembre de 2007 hasta la ejecución de sentencia.



- Condene a Banco Santander, S.A. a pagar a Inversiones Cutty, S.L. los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que se realizaron los cargos en la cuenta bancaria de mi representada hasta el efectivo cumplimiento de la obligación de pago por parte de la mercantil demandada.

- Condene en costas a la mercantil demandada."

2. El procurador José Antonio Saura Saura, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime la demanda con imposición de costas a la parte actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Alicante dictó Sentencia con fecha 1 de marzo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Pérez Hernández en nombre y representación de Inversiones Cutty S.L. contra Banco Santander S.A. representada por el procurador Don José Antonio Saura Saura. Con expresa condena en costas a la parte actora."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Inversiones Cutty, S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 8ª, Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, mediante Sentencia de 26 de enero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Inversiones Cutty S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alicante, de fecha 1 de marzo del 2007 , en los autos de juicio ordinario nº 369/10, debemos revocar y revocamos dicha resolución en sentido de dictar otra que, con estimación de la demanda interpuesta por aquella contra Banco Santander S.A. declara la nulidad del contrato de permuta financiera concertado entre ambas en fecha 23 de noviembre de 2007, condenando a la demandada a devolver a la primera la cantidad de 41.288,46 €, así como las cantidades que se hubieran cargado con posterioridad al ejercicio 2009; cantidades que producirán el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda, incrementadas en dos puntos desde la de la presente resolución, imponiendo a la parte demandada las costas de la primera instancia y sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre las mismas."

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

5. El procurador José Antonio Saura Saura, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, sección 8ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución .

2º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución y arts. 326 y 376 LEC .

3º) Infracción del art. 217 de la LEC ."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil .

2º) Infracción de los arts. 1310 , 1311 y 1313 del Código Civil .

3º) Infracción del art. 6.3 del Código Civil .

4º) Infracción del art. 1303 del Código Civil ."

6. Por diligencia de ordenación de 9 de mayo de 2012, la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, sección 8ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala comparecen, como parte recurrente, la entidad Banco Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida la entidad Inversiones Cutty, S.L., representada por la procuradora Ana Belén Gómez Murillo.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 21 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:



"ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de "BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA" contra la sentencia dictada, con fecha 26 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) en el rollo de apelación nº 741/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 369/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Inversiones Cutty, S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Desde 2002, Inversiones Cutty, S.L. (en adelante, Cutty) concertó con Banco Santander diversas pólizas de créditos, algunas de las cuales fueron renovadas o prorrogadas a sus vencimientos, o modificadas en el ínterin algunas de sus condiciones.

El 1 de diciembre del 2006, Cutty concertó, mediante un contrato privado, la compraventa de un inmueble por un precio de 1.803.000 euros, de los que abonó en el momento de la firma 180.000 euros. El resto debía pagarlos al elevarse a documento público el contrato de compraventa.

El 22 de marzo de 2007, Cutty vendió aquella finca a Santander de Leasing, S.A. EFC. Y ese mismo día, Santander de Leasing concertó un contrato de leasing con Cutty, por el que le cedía durante un tiempo el inmueble, a cambio unas cuotas mensuales, y le reconocía una opción de compra a la finalización del plazo, a cambio del pago de un precio.

Unos meses antes, el 29 de diciembre del 2006, Cutty y Banco Santander celebraron un contrato de permuta financiera, que motivó, en el año 2007, liquidaciones positivas y negativas para el cliente. Y el 23 de noviembre del 2007, ambas partes cancelaron este contrato de swap y concertaron otro nuevo (denominado "Confirmación de Permuta de Tipos de Interés, Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap Knock-out"), que es el que ahora es objeto de controversia.

No consta que en la contratación del swap el banco suministrara información sobre los concretos riesgos que Cutty asumía en caso de bajada del tipo de interés variable de referencia, por debajo del fijo.

Durante la vigencia de este contrato, en el año 2008, Cutty recibió unas liquidaciones positivas (ganancias) de 7.103,99 euros y, en el ejercicio 2009, unas liquidaciones negativas (pérdidas) de 48.392,45 euros.

2. En su demanda, Cutty solicitó la nulidad del contrato de permuta de intereses de 23 de noviembre del 2007 por error vicio en el consentimiento, y que se condenara a Banco Santander a devolver la suma de 41.288,46 euros, que se había cargado a la cuenta de la demandante como consecuencia de las liquidaciones del Swap, y las cantidades que pudiera seguir cargando después de la demanda.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda al entender que no existió error vicio en el consentimiento prestado por Cutty, por medio de su administrador, quien tenía una "formación elevada", era administrador de tres sociedades y apoderado de cuatro más, y había concertado con anterioridad varias pólizas de crédito. Razona la magistrada de primera instancia que el posible error pudo fácilmente haberse evitado con una mínima diligencia, examinando las cláusulas del contrato. Y añade: "lo normal, si el actor tenía dudas, era que se informara o asesorara comprendiendo su contenido". Además, con anterioridad a este contrato de swap se había firmado otro, al que sustituía, y antes de la firma del contrato se celebraron varias reuniones con la demandante, en la que le explicaron el producto y el cliente estuvo de acuerdo.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Cutty. La Audiencia analiza primero el contrato y concluye que se trata de un «producto complejo, y cierto modo especulativo y de alto riesgo», que requiere por el banco del cumplimiento de unos especiales deberes de información al cliente sobre sus características y los riesgos que conlleva. Luego analiza lo actuado en el juicio y afirma: «no entendemos que la prueba practicada en el procedimiento (confiada por la demandada casi exclusivamente a la testifical) acredite debidamente que esa información precontractual se produjo de modo suficiente y adecuado a la complejidad del producto ofertado, particularmente en cuanto a los riesgos que podría suponer, por cambio de



las circunstancias concurrentes, para el cliente». También advierte que ni en la cláusula del contrato titulada «conocimiento de los riesgos de la operación», ni en ninguna otra parte del contrato se reseñan los riesgos. Y aunque en el anexo se advierte que la liquidación podría ser negativa para el cliente, esta información no concreta en qué medida sería perjudicial para el cliente.

La sentencia de apelación concluye que sobre el banco recaía la carga de acreditar que había proporcionado al cliente la información necesaria para que éste pudiera prestar su consentimiento cabal e informado a la contratación del swap, sin que el banco haya acreditado el cumplimiento de estos deberes de información. De ahí, colige la Audiencia, que «no existió una información completa y precisa sobre los riesgos del producto, ni con carácter previo a su firma ni en el propio documento firmado entre las partes».

En consecuencia, la Audiencia declara la nulidad del contrato de permuta de tipos de interés (swap) de 23 de noviembre del 2007, y condena al banco a devolver a Cutty 41.288,46 euros.

5. Frente a esta sentencia de apelación, Banco Santander formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, articulado en cuatro motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

6. *Formulación de los motivos primero y segundo*. El motivo primero se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, porque la Audiencia «ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución Española, al infringir los principios de oralidad, inmediatez y contradicción».

En el desarrollo del motivo se razona: que «de la totalidad de la sentencia recurrida se desprende que la Audiencia Provincial motiva la revocación del fallo dictado por el Juez a quo sobre la base de una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia, pero sin atender a las manifestaciones de parte ni a las declaraciones de los testigos. De esta manera (...) en protección de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción, debería primar la narración y valoración realizada por el juez a quo, por ser en realidad la de la Audiencia inexistente e irrazonada».

El motivo segundo también se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, en relación con el art. 24.1 de la Constitución y los arts. 326 y 376 de la LEC, y la jurisprudencia que los desarrolla, respecto de la práctica de la prueba y su consiguiente valoración, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

En el desarrollo del motivo se analiza toda la prueba practicada, y concluye que de lo declarado por los testigos (directores de la oficina bancaria) cabe concluir que los dos directores de la sucursal mantuvieron varias reuniones con la actora en las que se explicaron los contratos de permuta financiera, y que el cliente estuvo de acuerdo y firmó voluntariamente. Lo que coincide con la valoración efectuada por el juez de primera instancia, quien «participó de forma activa en el interrogatorio de los testigos, formulando preguntas y solicitando las aclaraciones que consideró pertinentes».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. *Desestimación de los motivos primero y segundo*. En ambos motivos se cuestiona la valoración de la prueba realizada por la Audiencia en relación con el cumplimiento del deber de información sobre los concretos riesgos del producto financiero contratado que correspondía al banco.

El hecho de que la Audiencia valore la prueba practicada en un sentido diferente al que lo ha hecho la magistrada de primera instancia, que celebró el juicio, no supone ninguna vulneración de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción, pues de otro modo se limitaría la facultad del tribunal de apelación de contradecir la prueba practicada por el juez de primera instancia, simplemente por no haber practicado directamente las pruebas. La Audiencia, como tribunal de instancia, dentro del margen marcado por lo que es impugnado en el recurso de apelación, puede volver a valorar la prueba practicada en primera instancia, sin necesidad de practicar nuevamente las pruebas. Esto es, puede valorar la documental y la prueba practicada en el acto del juicio, mediante la visualización y audición de la grabación, sin que con ello se vulneren los reseñados principios de oralidad, inmediatez y contradicción.

Tampoco puede fundarse la vulneración de estos principios en que no se está de acuerdo con la valoración realizada por la Audiencia, lo que presupone una revisión de dicha valoración. En concreto, el recurso muestra su disconformidad con el valor otorgado por la Audiencia al interrogatorio de los empleados del banco.

Conviene recordar, como hemos hechos en innumerables ocasiones, y recientemente en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, en la que el mismo recurrente formulaba un motivo de infracción procesal similar al segundo del presente recurso extraordinario por infracción procesal, que:



«En nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación».

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero).

Pero, como también recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, «(l)a selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial». Esto es lo que ocurre en el presente caso: que la sentencia recurrida haya prestado más valor a la prueba documental y no tanto a la testifical de los empleados del banco, no convierte su valoración en arbitraria ni constituye un error notorio.

8. Formulación del motivo tercero. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, y se funda en la infracción del 217 LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla.

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida «tan sólo se refiere a la obligación que competía a mi representada -el banco- de acreditar que proporcionó al demandante la información necesaria, pero en modo alguno toma en consideración la carga de la prueba que pesaba sobre la actora y que inevitablemente le hubiese llevado a la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Inversiones Cutty, S.L. y a la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia». El recurrente añade, a continuación, que la sentencia recurrida le ha trasladado al banco demandado «la obligación de probar un hecho negativo, que no existió error en el consentimiento prestado por la demandante, cuando lo cierto y verdad es que, según el artículo 217 de la LEC, quien tiene la carga de la prueba es Inversiones Cutty, S.L., pues es ella la que alega la nulidad del contrato».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. Desestimación del motivo tercero. Constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), como en la normativa pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error [por todas, STS (1ª) 840/2013, de 20 de enero de 2014].

En el contexto de esta jurisprudencia, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del swap, corresponde al banco demandado que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Razón por la cual, el tribunal no infringió las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC, porque, por facilidad probatoria, correspondía al banco la carga de probar que cumplió con los deberes de información.

Recurso de casación

10. Formulación del motivo primero. El motivo se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, porque la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual por existir error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla.

En el desarrollo del motivo, el banco recurrente especifica las cuatro razones por las que se habría producido la infracción de los reseñados arts. 1265 y 1266 CC, conforme a la jurisprudencia que los interpreta: i) la



sentencia «realiza una interpretación del error invalidante contraria a la aplicación restrictiva de los vicios del consentimiento»; ii) «declara la nulidad de un contrato sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados considerando esencial el "déficit de consentimiento, por error" que aprecia en la actora»; iii) declara «la nulidad de un contrato sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados considerando excusable el "déficit de consentimiento, por error" que aprecia en la actora»; y iv) declara la nulidad de un contrato sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados, omitiendo el requisito del nexo causal entre el error y el objeto perseguido con la suscripción del negocio».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

11. Desestimación del motivo primero . Jurisprudencia sobre el error vicio . Como el recurso denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC , conviene partir, primero, de esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se haya contenida en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que 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 CC 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 CC). Además el error ha de ser 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.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

»Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante 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

12. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En el presente caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En concreto, sobre el coste real para los clientes si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Y, también en este caso, fue al recibir las primeras liquidaciones negativas cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado.

Además, como ya aclaramos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito en el razonamiento del tribunal de instancia que el cliente de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendrían que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, el Euribor, no habría contratado el producto.

13. Formulación del motivo segundo. El motivo se funda en la infracción de los arts. 1310, 1311 y 1313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, porque la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios. En el desarrollo del motivo, el recurrente razona que «la aceptación del funcionamiento del contrato por Cutty durante el año y medio en el que estuvo operando con éste debe entenderse suficiente para que pueda considerarse confirmada la voluntad de las partes y validados el contrato que nos ocupa». También se afirma que el contrato de cuya nulidad se pidió por error vicio, vino precedido por otro anterior, respecto del cual no se ha pedido la nulidad.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

14. Desestimación del motivo segundo. Al resolver sobre esta objeción debemos, necesariamente, hacernos eco de la doctrina que recientemente expusimos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre, al resolver un motivo de casación idéntico.

Como recordábamos en aquella sentencia, «(l)a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

El que la acción de anulación se haya ejercitado sobre el segundo contrato de swap celebrado entre las partes, no permite entender, como pretende el recurrente, que la celebración del primer contrato constituye una confirmación tácita del segundo, pues «la confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores» (Sentencia 535/2015, de 15 de octubre).

Tampoco concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil. La vigencia y desenvolvimiento del contrato durante un año y medio, que se corresponde con las liquidaciones del swap a favor del cliente, no constituye ninguna confirmación del negocio, pues en ese tiempo no era consciente del vicio, ya que lo fue cuando las liquidaciones pasaron a ser negativas. Fue entonces cuando conoció el riesgo que encerraba el contrato y del cual no le informaron. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala que acabamos de exponer, la confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera



cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, lo que no ocurre en este caso. Por eso, no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.

15. Formulación del motivo tercero . El motivo se funda en la «inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

16. Desestimación del motivo tercero . El motivo presupone que la nulidad del contrato se ha declarado por aplicación del art. 6.3 CC , lo que no es cierto. No puede haberse infringido la jurisprudencia sobre la nulidad de pleno de derecho de los contratos por infracción de normas imperativas o prohibitivas, cuando la nulidad del contrato se ha basado en otra razón distinta, en la concurrencia de error vicio en el consentimiento (arts. 1265 y 1266 CC). Por ello, como el motivo se apoya en un presupuesto falso, procede su desestimación.

17. Formulación del motivo cuarto . El motivo se funda en la infracción del art. 1303 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, pues la sentencia recurrida no declara la restitución de los intereses devengados por los importes abonados por el banco a Cutty, con ocasión del contrato declarado nulo. La sentencia, al apreciar el error, condena al banco la devolución de 41.288,46 euros, que es la diferencia entre las cantidades liquidadas a favor del cliente (7.103,99 euros) y las liquidadas en su contra (48.392,45 euros).

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

18. Des estimación del motivo cuarto . La razón o causa de la ineficacia del contrato ha sido la nulidad por error vicio en el consentimiento. El efecto de esta nulidad viene regulado en el art. 1303 CC : « *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes* ». Es cierto que conforme a este precepto la recíproca restitución de las prestaciones percibidas alcanza también a los frutos e intereses, por lo que, en principio, debía haberse solicitado y acordado en este sentido.

Pero debemos advertir que esta cuestión no fue objetada por el recurrente demandado en su contestación a la demanda, y, al formularlo ahora en este motivo cuarto de casación, se omite una explicación del gravamen que la no aplicación de esta regla ha conllevado para el demandado recurrente.

En la demanda, se pidió la restitución de aquella cantidad a la que alcanzaba la compensación de las liquidaciones positivas y negativas, 41.288,46 euros, más los intereses devengados desde las liquidaciones. En la contestación, el demandado no formuló ninguna objeción a que éste fuera el efecto o consecuencia de la eventual nulidad del contrato de swap. Cuando la Audiencia, al estimar el recurso de apelación de la demandante, declara la nulidad del contrato de swap, condena al banco demandado a devolver esa cantidad más los intereses devengados desde la presentación de la demanda, y no, como se había pedido, desde cada una de las liquidaciones.

Esta aplicación incorrecta del art. 1303 CC no fue objetada por el demandado, ahora recurrente en casación, al contestar a su demanda, razón por la cual puede considerarse una cuestión nueva.

Además, aplicar el criterio legal del art. 1303 CC , como pretende el banco recurrente en este motivo de casación, sería más perjudicial para él que el criterio adoptado por la sentencia recurrida que, no sólo compensa las cantidades que una y otra parte debían restituirse recíprocamente y condena al banco a pagar los intereses de este saldo resultante, sino que, además, fija como fecha del devengo de intereses el momento de la presentación de la demanda. En un supuesto como el presente, el banco no sólo debía haber razonado la aplicación incorrecta del art. 1303 CC , sino también que esta aplicación le ha causado un perjuicio o gravamen. Al no justificarlo y mostrarse de forma evidente lo contrario, esto es, la carencia de gravamen, procede desestimar el motivo de casación.

Costas

19. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la recurrente las costas originadas por este recurso (art. 398.1 LEC).

Desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas de la casación al recurrente (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) de 26 de enero de



2012 , que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante de 1 de marzo de 2011 (juicio ordinario 369/2010). Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) de 26 de enero de 2012 , con imposición de las costas generadas por el recurso a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJ