



Roj: **STS 5669/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5669**

Id Cendoj: **28079110012015100719**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2015**

Nº de Recurso: **2370/2012**

Nº de Resolución: **744/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Vitoria-Gasteiz, núm. 3, 14-10-2011,**  
**SAP VI 277/2012,**  
**STS 5669/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil quince.

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

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

Es parte recurrida la entidad Nuriyoli, S.L., representada por el procurador José Guerrero Tramoyeres.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador José Ignacio Beltrán Arteché, en nombre y representación de la entidad Nuriyoli, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria, contra la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A., para que se dictase sentencia:

*"en la que se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipos de interés suscrito por la demandada con mi mandante, procediéndose a la restitución recíproca de las cantidades recibidas, incluidos los 188.265 euros que se abonó como coste de cancelación de la operación, y los gastos e intereses dimanantes del préstamo personal solicitado para la cancelación del swap y los que supongan la cancelación del mismo, más los intereses legales y moratorios, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."*

2. La procuradora Ana Rosa Frade Fuentes, en representación de la entidad Banco Santander, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas."*

3. El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria dictó Sentencia con fecha 14 de octubre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Se acuerda estimar íntegramente la demanda presentada por el Procurador D. José Ignacio Beltrán Arteché en nombre y representación de la mercantil Nuriyoli, S.L., contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., y declaro nulos el contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera"*



de tipos de interés firmados entre las partes, procediéndose a la restitución recíproca de las cantidades recibidas, conforme se señala en el fundamento de derecho quinto de esta resolución más intereses, sin expresa condena al pago de las costas procesales."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, mediante Sentencia de 11 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. representada por la Procuradora Sra. Frade frente a la sentencia dictada con fecha 14 de octubre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad en el Juicio Ordinario seguido ante el mismo con el número 228/11, del que este Rollo dimana, y confirmar la misma, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada."*

5. Instada la aclaración de la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, dictó Auto de fecha 22 de junio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

*"PARTE DISPOSITIVA: No ha lugar al complemento de la sentencia dictada en el presente Rollo con fecha 11 de mayo de 2012, solicitado por Banco Santander S.A., representada por la procuradora Sra. Frade."*

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

6. La procuradora Ana Rosa Frade Fuentes, en representación de la entidad Banco Santander, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

*"1º) Infracción de los arts. 316, 326 y 376 de la LEC."*

Los motivos del recurso de casación fueron:

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

*2º) Infracción del art. 6.3 del Código Civil."*

*3º) Infracción de los arts. 7.1, 1310, 1311 y 1313 del Código Civil."*

7. Por diligencia de ordenación de 13 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el 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.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Santander, representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida la entidad Nuriyoli, S.L., representada por el procurador José Guerrero Tramoyeres.

9. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

*" ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal del Banco de Santander contra la sentencia dictada, el 11 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 15/2012, dimanante del juicio ordinario nº 228/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vitoria-Gasteiz."*

10. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Nuriyoli, S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de diciembre 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.



Nuriyoli, S.L., una pequeña empresa dedicada en la promoción inmobiliaria, era cliente del Banco Santander, en concreto, de una oficina de la localidad de Llodio (Álava). A instancia del director de la oficina, que le ofreció un producto financiero denominado "permuta financiera de tipos de interés (swap flotante bonificado)", el 28 de octubre de 2004 concertó con Banco Santander un Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), y el 11 de noviembre de 2004 una confirmación de permuta financiera de tipos de interés, con un nocional de 700.000 euros. El 16 de mayo de 2005, Nuriyoli, S.L realizó otra confirmación de contrato de permuta de tipos de interés, por un nocional de 700.000 euros.

El 15 de marzo de 2006, las partes cancelaron de forma anticipada los dos contratos de permuta financiera.

El mismo día, el 15 de marzo de 2006, Nuriyoli, S.L realizó una confirmación de contrato de permuta de tipos de interés, por un nocional de 700.000 euros.

El 8 de marzo de 2006, Nuriyoli, S.L realizó una confirmación de contrato de permuta de tipos de interés, por un nocional de 1.400.000 euros.

El 18 de enero de 2007, se canceló anticipadamente el swap de 15 de marzo de 2006, y se concertó otro nuevo por un nocional de 700.000 euros.

El 2 de abril de 2007, se canceló el swap de 8 de marzo de 2006. Y ese mismo día se concertó un nuevo swap de tipos de interés, con un nocional de 1.000.000 euros.

El día 18 de marzo de 2008, se canceló anticipadamente el swap de 2 de abril de 2007. Y ese mismo día se concertó un swap por un nocional de 2.000.000 euros.

El 18 de enero de 2008 se canceló el swap de 18 de enero de 2007.

El 3 de octubre de 2008 se firmó una confirmación de permuta ligada a la inflación, que fue cancelada el 29 de junio de 2009.

El 28 de junio de 2010, las partes convinieron la cancelación anticipada del swap de 18 de marzo de 2008, y por dicha cancelación Nuriyoli, S.L tuvo que abonar 188.265 euros. Para abonar este coste de cancelación, Nuriyoli, S.L obtuvo del propio Banco Santander un préstamo de 120.000 euros.

2. Nuriyoli, S.L. formuló una demanda en la que pedía la nulidad por **error** vicio en el consentimiento del CMOF y las confirmaciones de permutas financieras de tipos de interés concertadas con Banco Santander, la restitución recíproca de las cantidades percibidas por una y otra parte, incluido el coste de cancelación (188.265 euros), así como los gastos e intereses dimanantes del préstamo personal solicitado para la cancelación del swap.

3. La sentencia dictada en primera instancia analiza la prueba practicada, en concreto, de la declaración del legal representante de la demandante ( Jesús María ) y de su hija, concluye no fue suficientemente informado por el banco de aquellos productos financieros, pues le fueron comercializados como si se tratase de un seguro frente a la subida de los tipos de interés. La sucesiva consecución de swaps no fue más que la solución que el banco iba ofreciendo ante las quejas que recibían sobre sus consecuencias.

No entiende acreditado que el Sr. Jesús María tuviera especiales conocimientos financieros y su asesor, Agapito , no tuvo conocimiento de estos contratos hasta finales de 2009, cuando la situación ya era de gran gravedad para la economía de la demandante.

El juzgado, después de recordar el deber de información que recaía sobre el banco, razona que «la entidad demandada no ha probado, tal y como era su obligación, que la información dada a D. Jesús María fue suficiente para que este supiera lo que en realidad estaba contratando, ya que no consta que éste supiera con certeza cómo cancelar su contrato, hasta que se le informó sobre ello a finales de 2009, ni los posibles escenarios en el que pudiera encontrarse, no siendo suficiente esa cláusula genérica de aviso que aparece al final del contrato donde se reconoce que "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos"».

La sentencia, acreditada la falta de información suficiente para que el legal representante de la demandante pudiera actuar en consecuencia, declara la nulidad de todos los contratos. Rechaza expresamente que sea de aplicación la doctrina de los actos propios, «ya que fue siempre la entidad bancaria la que tomaba la decisión de reestructurar los contratos para evitar un supuesto daño a su cliente». También ordena la restitución recíproca de las cantidades que hubieran recibido las partes como consecuencia de los múltiples contratos, incluida la cantidad de 188.265 euros que abonó la demandante como coste de cancelación y los gastos e intereses dimanantes del préstamo que el propio banco demandado gestionó para esta cancelación, así como los gastos



que generara su cancelación, con los incrementos correspondientes a la aplicación del interés legal desde la fecha de los pagos realizados conforme al art. 1303 CC .

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Banco Santander. La Audiencia entiende que de lo declarado por los testigos Sres. Celso y Desiderio se desprende que la iniciativa para la suscripción del contrato marco de operaciones financieras y las posteriores confirmaciones de permutas financieras de tipos de interés partió del banco. Luego recuerda los deberes legales que con la normativa pre MiFID y la MiFID pesaban sobre las empresas que prestan servicios financieros de dotar a los clientes que no eran inversores profesionales información suficiente y adecuada de los productos complejos que les comercializaban, entre los que se encontraban los swaps.

La Audiencia razona que la correcta información no puede deducirse del texto de los contratos y operaciones concertadas, pues para que el cliente tuviera un conocimiento de lo que contrataba es muy relevante la negociación previa y la fase precontractual, «en la que cada parte debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio...».

Y concluye: «la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del banco demandado, ahora apelante, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de **error** excusable en la demandante, ahora apelada, sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento, pues no cabe llegar a otra conclusión por la capacidad, conocimientos, del representante legal de la actora, Sr. Jesús María , ya que de ningún modo resulta de lo actuado que estuviera familiarizado con operaciones como las que en el presente proceso nos ocupan, siendo de añadir a lo expuesto, que si bien el Sr. Jesús María ha manifestado que no ha leído los contratos, tal falta de diligencia, atendiendo a lo expuesto sobre el texto de los contratos y operaciones concertadas, se presenta de menor entidad que la de la ahora apelante y absorbida por la de ésta y, también, que no cabe amparar, dado el contenido de la normativa reseñada, la anulación o atemperación de la obligación del banco, exigiendo al cliente que se procure asesoramiento, además de no resultar de lo actuado que D. Agapito conociese de las operaciones desde un inicio y no sólo en el tramo ya final de la relación».

Finalmente niega que pueda fundarse la existencia de actos propios en la contratación sucesiva que ha sido declarada nula, y también rechaza que haya existido una confirmación tácita por la ejecución de los contratos litigiosos, ya que «es lógico que se cuestionen los contratos a partir del momento en que los saldos resultan de manera continuada y por importe significativo de sentido negativo, pues es entonces cuando se alcanza a percibir el riesgo asumido, y las cancelaciones, reestructuraciones y abono del coste de cancelación se presentan como actuaciones tendentes no a ratificar lo anteriormente hecho sino a minimizar los efectos del importante riesgo asumido».

5. Frente a la sentencia de apelación, Banco Santander interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un solo motivo, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

6. *Formulación del motivo* . El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , en relación con el art. 24.1 de la Constitución y los arts. 316 , 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 aclara que se impugna la valoración de la prueba realizada por la Audiencia que le lleva a concluir que el banco no proporcionó una información precisa, correcta y adecuada, acerca de las características del producto y del alcance de las obligaciones, así como de los riesgos asumidos.

Entiende que la supuesta falta de información se contradice con los documentos suscritos por las partes y con el resto de testificales. Insiste en que en las propias confirmaciones de permuta financiera se describían los escenarios en los que se advertía de posibles liquidaciones negativas, y también existía una cláusula en que las partes manifestaban estar perfectamente informadas de lo que contrataban. En cuanto a los costes de cancelación, en las confirmaciones se incluía una cláusula que advertía: «el producto aquí descrito puede ser cancelado anticipadamente. En este caso tendrá que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estará determinado por las condiciones del mismo en ese momento».

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



7. *Desestimación del motivo* . En el motivo se cuestiona la valoración de la prueba realizada por la Audiencia en relación con el cumplimiento, por parte del banco, del deber de información sobre los concretos riesgos del producto financiero contratado y los costes de cancelación, a la vista de que esta información sobre las posibles liquidaciones negativas y el coste de cancelación se hallaba en las confirmaciones y contratos que se fueron firmando sucesivamente.

Como en otras ocasiones, hemos de recordar que, aunque 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 ), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

La impugnación de la valoración realizada por el tribunal de los medios de prueba mezcla la relativa a los hechos y la propiamente jurídica, por la que se concluye la insuficiencia de la información en relación con el **error** vicio.

Los hechos relevantes son los relativos a si se aportó información suficiente antes de contratar los swaps sobre las características del producto y de sus concretos riesgos. El tribunal de apelación entiende acreditado, por las declaraciones testimoniales y del Sr. Jesús María , que las permutas financieras se ofrecieron como un seguro para paliar los efectos negativos para la demandante de las oscilaciones del interés variable, sin que realmente hubiera sido informada de las consecuencias negativas, esto es, del coste que podrían suponer las liquidaciones negativas, y sin que se hubiera informado tampoco del coste de cancelación. La Audiencia no concede el valor pretendido por la demandada a lo manifestado en los contratos acerca de que el cliente reconoce haber sido informado.

Pero, como también recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 17 de septiembre , «(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 no haya prestado valor a lo manifestado en el contrato sobre el cumplimiento de los deberes de información ni a la testifical de los empleados del banco, y sí al resto de las pruebas, no convierte su valoración en arbitraria ni constituye un **error** notorio.

En suma, como ya hemos advertido, el recurso pretende impugnar valoraciones jurídicas, relativas a la suficiencia de la información respecto del **error** vicio y su excusabilidad, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Y respecto de los aspectos a los que podría alcanzar la valoración de la prueba en relación a la determinación de los hechos, tan sólo existe una discrepancia que no justifica la revisión de la valoración del tribunal de instancia.

### Recurso de casación

8. *Formulación del motivo primero* . El motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia relativa a la presunción *iuris tantum* de la validez de los contratos y al carácter excepcional de los vicios del consentimiento, así como por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de **error** en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla.

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 este concepto que mantiene nuestra jurisprudencia para salvaguardar el principio de seguridad jurídica»; ii) la sentencia «no determina el momento en que se ha sufrido el supuesto **error**, cuando la jurisprudencia es clara al determinar que no es invalidante el **error** que no se comete en el momento de la perfección de los contratos»; iii) la sentencia «no analiza ni explica la concurrencia de los requisitos de esencialidad y excusabilidad (...)»; y iv) la sentencia declara la nulidad de unos contratos 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.

**9. Desestimación del motivo primero . Jurisprudencia sobre el **error** vicio .** El recurso denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC . Como en otras ocasiones, 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 halla 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

**10.** 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, sin que bastara para ello simple la lectura del contrato marco y de los documentos en que se instrumentaron las sucesivas confirmaciones de permutas financieras de tipos de interés. En particular, sobre el coste real para los clientes de las liquidaciones negativas. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Y, también en este caso, fue al recibir las liquidaciones negativas cuando el cliente empezó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado, sin perjuicio de que la actitud del banco de ofrecer soluciones que no lo eran condujera a una cadena de swaps que sucedían a los anteriores, hasta que al final se optó por la cancelación, con un elevado coste inesperado para el cliente.

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 en 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». El deber de información no cabe entenderlo suplido, en este caso, por la información suministrada en el contrato de confirmación del swap. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» ( Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre ).

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 tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

**11. Formulación del motivo segundo** . 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.

**12. Desestimación del motivo segundo** . 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.

**13. Formulación del motivo tercero**. El motivo se funda en la infracción de los arts. 7.1, 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 y la confirmación de los mismos.

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona que la aceptación del funcionamiento de los sucesivos contratos por parte de la demandante, durante el tiempo en que estuvieron operando debe entenderse suficiente para tener por confirmada la voluntad de las partes y validados los contratos cuya nulidad se pretendía. La cancelación sucesiva de los contratos y la suscripción de otras nuevas permutas financieras debía considerarse como una confirmación tácita de la relación jurídica que Nuriyoli estaba cancelando.

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

**14. Desestimación del motivo tercero**. 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».

No concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil. La vigencia y desenvolvimiento de los contratos, concertados de forma sucesiva, durante unos años no constituye ninguna confirmación del negocio, pues, al principio, mientras las liquidaciones del swap fueron a favor del cliente, éste no era consciente del vicio. Y las modificaciones consiguientes del swap, fruto de las primeras liquidaciones negativas, ahondaron en su confusión, pues se le presentaban como simples ajustes, que ocultaban el problema real sobre el que versaba el **error**. De hecho, el demandante fue realmente consciente del **error** en el año 2009, en que las liquidaciones pasaron a ser muy negativas. Fue entonces cuando conoció el riesgo que encerraba el contrato y del cual no le habían informado suficientemente. El que hubiera optado por la cancelación consensuada con el banco, mediante el pago de la suma de 188.265 euros, fue la conclusión a la que le llevó el propio banco, y no puede constituir un acto de confirmación, sino la única forma de acabar con la sangría que suponía el swap, para después presentar la demanda de nulidad, al objeto de recuperarse del perjuicio sufrido.

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.

### Costas

15. 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

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª) de 11 de mayo de 2012 (rollo núm. 15/2012 ), que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria de 14 de octubre de 2011 (juicio ordinario 228/2011). Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

2º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª) de 11 de mayo de 2012 (rollo núm. 15/2012 ), 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 remitido 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 .- 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.