

Roj: **STS 320/2016 - ECLI:ES:TS:2016:320**Id Cendoj: **28079110012016100014**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2016**Nº de Recurso: **3202/2012**Nº de Resolución: **19/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SS 1276/2012,**
STS 320/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por BANCO DE SANTANDER, S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga, contra la sentencia dictada el 25 de julio de 2012, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 3174/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 293/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Tolosa; sobre nulidad de contratos de permuta financiera Swap. Ha sido parte recurrida LAZTI GARRAIOAK S.L., representada por el procurador D. Victorio Venturini Medina y bajo la dirección letrada de D.ª Igone Álvarez Jiménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- El procurador D. Alberto Iguaran Telleria , en nombre y representación de la mercantil LAZTI GARRAIOAK, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia « por la que, con estimación de la Demanda ejercitada por esta parte, declare la nulidad de pleno derecho del Contrato Marco de Operaciones Financieras formalizado el 29 de noviembre de 2004, así como de todos los Contratos de Confirmación de Swap formalizados a su amparo, y que se han acompañado a la presente demanda como DOC nº 2 a 9, así como cuantos otros fuera necesario anular para la eficacia de cuanto aquí se pretende, se condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a restituir a la demandante las cantidades que ésta haya abonado en virtud de tales contratos y que se determinarán en ejecución de Sentencia, con sus correspondientes intereses, y al pago de las costas y gastos del presente procedimiento, con todo lo demás que proceda en Justicia.»

Segundo.- La demanda fue presentada el 12 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Tolosa y fue registrada con el núm. 293/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

Tercero.- El procurador D. Iñigo Navajas Saiz, en representación de BANCO SANTANDER, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demandada, con expresa condena en costas.»

Cuarto.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Tolosa dictó sentencia de fecha 13 de febrero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO:



ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda de Juicio Ordinario interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Iguarán Tellería, actuando en nombre y representación de LAZTI GARRAIOAK, S.L frente a BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Iñigo Navajas Saiz, y declaro la NULIDAD del Contrato Marco de Operaciones Financieras formalizado el 29 de noviembre de 2004, así como todos los contratos de Confirmación de Swap formalizados a su amparo y que se acompañan como documentos números 2 a 9 de la demanda, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones que hubieran sido objeto del contrato, con sus intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas derivadas de este procedimiento».

Quinto.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO SANTANDER, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 3174/12 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Banco Santander S.A." frente a la Sentencia dictada en fecha 13-2-2012 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Tolosa en autos de Juicio Ordinario 293/2011, y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el sentido de:

1º.- desestimar la pretensión de declaración de nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, denominado Swap In Arrears 3x12 Plus, suscrito el 29-11-04, y el contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés, denominado Swap bonificado escalonado con barrera Knock- In In Arrears, suscrito el 30-5-05, y consiguiente condena de restitución de prestaciones que hubieran sido objeto del contrato.

2º.- y dejar sin efecto el pronunciamiento sobre las costas procesales.

Y ello sin pronunciamiento en costas de esta alzada».

Sexto.- El procurador D. Iñigo Navajas Saiz, en representación de BANCO DE SANTANDER, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

« **Único.-** Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 326 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la Sentencia Recurrída una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible.»

Los motivos del recurso de casación fueron

« **Primero.-** Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla.

Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC , por infracción de la normativa bancaria: Ley del Mercado de Valores, Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, ya que la Sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenido en las mismas, todo ello, en relación con los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil .

Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC , por infracción de los artículos 7.1 , 1.310 , 1311 y 1.313 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la Sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la mercantil recurrente en virtud de la doctrina de los actos propios y la confirmación de los mismos.»

Séptimo.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:



ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal del BANCO DE SANTANDER, S.A., contra la sentencia dictada, el 25 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 3174/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 293/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Tolosa.»

Octavo.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

Noveno.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 13 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- *Resumen de antecedentes.-*

1.- La compañía mercantil "Lazti Garraioak, S.L." suscribió con "Banco Santander, S.A." los siguientes contratos:

1.1.- Contrato marco de operaciones financieras, de 19 de noviembre de 2004.

1.2.- Swap in arrears 3*12, de 29 de noviembre de 2004, con un nocional de 300.000 ?.

1.3.- Swap bonificado escalonado con barrera knock-in arrears, de 30 de mayo de 2005, con nocional de 300.000 ?.

1.4.- Swap bonificado escalonado con barrera knock-in arrears, de 30 de marzo de 2006, con nocional de 300.000 ?.

1.5.- Swap bonificado reversible media, de 15 de noviembre de 2006, con nocional de 156.000 ?.

1.6.- Swap bonificado reversible media, de 16 de febrero de 2007, con nocional de 300.000 ?.

1.7.- Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out, de 3 de octubre de 2007, y nocional de 156.000 ?.

1.8.- Swap ligado a la inflación, de 20 de mayo de 2008, con nocional de 500.000 ?.

2.- En mayo de 2011, la citada sociedad presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitó la declaración de nulidad de los referidos contratos por vicio del consentimiento y la condena a la restitución de las prestaciones.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento, el juzgado de 1ª Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda, por considerar que hubo error en el consentimiento, partiendo de las siguientes y resumidas consideraciones: (i) Los contratos fueron ofrecidos al cliente por el banco, como cobertura de la subida de los tipos de interés; (ii) Los nocionales fueron fijados por el banco; (iii) No consta que el administrador de la sociedad demandante tuviera experiencia en productos financieros; (iv) "Lazti Garraioak, S.L." es una pequeña empresa familiar, dedicada a la logística, que hasta el 2004 nunca había contratado productos financieros derivados; (v) La empresa carece de asesoramiento financiero; (vi) No consta qué tipo de explicaciones se ofrecieron al cliente sobre el funcionamiento de los productos, ni que información se le suministró sobre los riesgos contraídos al contratarlos, siendo insuficiente el propio tenor de los contratos; (vii) Siempre fue el banco quien asumió la iniciativa de concertar o sustituir los sucesivos contratos; (viii) En suma, la información facilitada por el banco no fue veraz, clara, comprensible y completa.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad financiera demandada, el mismo fue resuelto por la Audiencia Provincial, que lo desestimó, asumiendo las conclusiones probatorias antes expuestas, por lo que confirmó que no se había ofrecido información suficiente sobre los productos y que hubo error esencial y excusable en la prestación del consentimiento. Asimismo, declaró que no medió un largo periodo de tiempo que permitiera la aplicación de la doctrina de los actos propios, ni la suscripción de contratos posteriores supuso la confirmación de los anteriores, porque para ello debería haber existido conocimiento del error en que se había incurrido previamente, o haber manifestado el cliente inequívocamente su voluntad consciente de validar el contrato.

Segundo.- *Recurso por infracción procesal.-*

Planteamiento :



El único motivo del recurso de infracción procesal formulado por "Banco Santander, S.A." se formula al amparo del artículo 469.1.4 LEC , en relación con el artículo 24 CE , por infracción de los artículos 326 y 376 LEC , y la jurisprudencia que los desarrolla, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

Decisión de la Sala :

1.- Venimos diciendo con reiteración al resolver motivos de infracción procesal con este contenido que nuestro ordenamiento procesal civil no reconoce la posibilidad de tercera instancia en los procesos civiles, ni el recurso de infracción procesal permite la revisión de la prueba practicada en la instancia, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De manera excepcional, únicamente es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación-, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo , y 263/2012, de 25 de abril -. No obstante, como se ha adelantado, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal por este motivo no da paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero , que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984 , 91/1990 , 81/1995 , 142/1999 , 144/2003 , 192/2003 , 276/2006 , 64/2010 y 138/2014 ; y de esta Sala 635/2012, de 2 de noviembre , 223/2015, de 29 de abril , y 313/2015, de 21 de mayo , entre otras muchas). En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a la fijación de los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que los clientes no estaban en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas de los productos financieros contratados y que, por ello, prestaron un consentimiento viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

2.- Sobre esta base, la sentencia recurrida no infringe los preceptos citados como tales por el recurrente (artículo 326 LEC , relativo a la fuerza probatoria de los documentos privados; y artículo 376 de la misma Ley , sobre la valoración de la prueba testifical). En primer lugar, porque según se desprende del tenor literal de los propios artículos, ninguno de ellos puede ser aplicado aisladamente, sino que ha de hacerse de forma armónica y coordinada con todas las demás reglas de valoración probatoria, que conforman el denominado principio de valoración conjunta de la prueba, tal y como hace la sentencia impugnada.

Y en segundo término, no cabe apreciar que la sentencia de instancia haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con adecuada explicación argumental, que no existió suficiente información precontractual y que el cliente no conocía realmente los productos ofertados, ni los riesgos que los mismos conllevaban, en los términos completos y suficientemente expresivos que hemos resumido en los apartados 3º y 4º del fundamento jurídico primero.

No puede considerarse que se haya vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (que es a lo que se refiere el cauce impugnatorio elegido), ni norma procesal alguna, por el hecho de que el tribunal conceda mayor o menor credibilidad a las declaraciones testificales, puesto que se encuentra dentro de sus facultades valorativas. Ya hemos dicho en múltiples resoluciones (por todas, Sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 742/2015, de 18 de diciembre) que no puede tacharse de arbitrario o ilógico que el tribunal de instancia no considere probado el ofrecimiento de información por la mera declaración en tal sentido de los empleados de la entidad financiera, que precisamente serían los obligados a facilitarla y tendrían importantes reticencias para reconocer que habrían incumplido dicho deber.

Ni tampoco es contrario a derecho que la sentencia no otorgue valor absoluto a la advertencia genérica contenida en los contratos sobre que los productos podrían generar riesgos. Hemos advertido en numerosas resoluciones que este tipo de menciones predispuestas por la entidad bancaria, consistentes en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento, que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, no pueden tener la trascendencia que pretende otorgarle el predisponente (sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 265/2015, de 22 de abril ; 675/2015, de 25 de noviembre ; y 742/2015, de 18 de diciembre ; entre otras muchas). La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si, para cumplir con tales exigencias, bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado adecuadamente.



Finalmente, no supone infracción procesal de ningún tipo, ni valoración arbitraria o irracional de la prueba, argumentar que el contenido de los contratos no clarifica por sí solo el riesgo a que se sometía el cliente, cuando se omitió una información detallada, más amplia que la mera transcripción de un cuadro explicativo sobre la base de un interés mayor o menor que el pactado.

3.- En su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico la información ofrecida al cliente aseguraba o no una prestación del consentimiento por parte del mismo con los requisitos legalmente exigibles, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, "No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio ; 211/2010, de 30 de marzo ; y 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial".

4.- Del mismo modo, tampoco puede compartirse la afirmación de que la sentencia incurra en error arbitrario o en valoración irracional de la prueba por no considerar que los representantes de las sociedades firmantes de los contratos de swap tuvieran especiales conocimientos financieros. La sentencia valora debidamente las circunstancias personales de tales representantes, puestas de manifiesto por las pruebas practicadas, y llega a la conclusión razonada de que aunque pudieran tener cierta experiencia en productos bancarios, no por ello tenían conocimientos específicos sobre un producto complejo y especulativo como es el swap. Nuevamente se pretende por la recurrente dotar de especial significación probatoria a las declaraciones de sus empleados y convertir meras conjeturas no acreditadas en hechos incontrovertidos supuestamente ignorados por la sentencia recurrida. Hemos de recordar que la obligación de información compete legalmente a la entidad financiera y que no existe un deber del cliente de informarse por sí mismo o de recurrir al asesoramiento de terceras personas.

5.- Que la sentencia recurrida afirme que los contratos de permuta financiera suscritos son complejos o especulativos es una afirmación jurídica que, en su caso, podrá combatirse en el recurso de casación, pero que no puede ser objeto de una impugnación por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal.

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

Tercero.- Recurso de casación.-

I.- Primer motivo.-

Planteamiento:

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

Decisión de la Sala :

1.- Como en el recurso se citan como infringidas numerosas Sentencias de esta Sala que tratan el error vicio del consentimiento en relación con diversas figuras contractuales, hemos de advertir que sobre los contratos de permuta financiera o swap existe ya un reciente y abundante cuerpo de doctrina dictada por esta Sala, representado por las Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; y 742/2015, de 18 de diciembre. Las cuales, puede afirmarse que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

2.- Más en particular, como quiera que los siete primeros contratos litigiosos se firmaron antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley del Mercado de Valores que traspuso a nuestro Derecho interno la normativa MiFID, mientras que el octavo se suscribió cuando ya estaba en vigor dicha modificación, haremos referencia



a ambas regulaciones, que hemos dado en llamar pre-MiFID y MiFID. No sin antes advertir, como también hemos puesto de manifiesto en diversas resoluciones, que posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información, de manera tal que el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

3.- Así, hemos dicho en la sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre , con remisión a la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre , que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba *«[u]na destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza»*.

4.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción, ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "[a] segurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

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

« 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos» .

5.- Respecto a la normativa MiFID, como recalca la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014 , *«el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato*". Añadiendo que *"En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía" "La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

6.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, la entidad financiera prescindió de todo el procedimiento normativamente previsto para la selección del cliente, el estudio de la adecuación del producto a su perfil inversor y el ofrecimiento de una información mínimamente expresiva de las características de la operación. En concreto, ni se ofreció información precontractual, ni se estudió la idoneidad de los productos para las condiciones económicas y patrimoniales de la pequeña empresa con la que se concertó, ni se le informó debidamente de los riesgos que asumía, tanto por la posibilidad de liquidaciones negativas de importante impacto económico, como por la existencia de unos elevados costes de cancelación si, ante dicha contingencia, decidía dar por concluidos anticipadamente los contratos. Como hemos advertido en las ya numerosas resoluciones antes citadas, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, puesto que como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014 , *"esa ausencia de información permite presumir el error"* . A lo que debe añadirse que los contratos y sus estipulaciones no fueron individualmente negociados, al tratarse de contratos predispuestos por la oferente con vocación de proyectarlos a una generalidad de clientes (contratos de adhesión); y sus clausulados no cumplen las especificaciones de claridad y transparencia que exigían la mencionada normativa pre-MiFID (en los siete primeros contratos) y MiFID (en el octavo) y la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Máxime cuando lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes citadas y/o transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que "Banco Santander" pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés.

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

8.- En lo relativo al error como vicio del consentimiento, no tenemos más que remitirnos a la tan citada sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2014 , que dice: *«Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap.... Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.....Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento*



del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar.... Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente» .

9.- De ello cabe concluir, como venimos diciendo reiteradamente, las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

10.- En relación con este producto complejo, "Banco Santander" no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de clientes con los que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Y no solo no se aseguró de que "Lazti Garraioak, S.L." reunía las condiciones precisas para la suscripción de los contratos de permuta financiera, sino que, antes al contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo. Sin que ello suponga que el error tuviera lugar cuando se recibieron las primeras liquidaciones negativas, pues dicho momento fue, en su caso, el de advertencia del error, pero no el de acaecimiento del mismo, que tuvo lugar cuando se prestó el consentimiento sin tener noción precisa del riesgo asociado a los productos contratados.

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

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

11.- Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Además, respecto de este tipo de contratos, a la entidad financiera se le imponen específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la sentencia de 13 de febrero de 2007, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la sentencia 244/2013, del Pleno, de 18



de abril de 2013 , la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Y como expresamos, igualmente, en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (por todas, sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

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

II.- Segundo motivo.-

Planteamiento :

El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 477.2.2º LEC , por infracción de la normativa bancaria: Ley del Mercado de Valores, Real Decreto 217/2008, en cuanto que la sentencia recurrida considera infringidos los deberes de información contenidos en tales normas, en relación con los arts. 1.265 y 1.266 C.c .

Decisión de la Sala :

Sin perjuicio de que el motivo está formalmente mal planteado, puesto que cita genéricamente como infringidas dos normas jurídicas completas, sin concreción de los respectivos artículos afectados, como quiera que los deberes de información contenidos en la normativa sectorial invocada ya han sido analizados al resolver el primer motivo de casación, así como la conexión causal de su omisión o incumplimiento con el error en el consentimiento, debemos remitirnos a lo ya expuesto para desestimar también este segundo motivo casacional, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

III.- Tercer motivo.-

Planteamiento :

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

Decisión de la Sala :

1.- En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

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



que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 del Código Civil .

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

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

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

3.- Hemos dicho en la reciente Sentencia 535/2015, de 15 de octubre , al resolver un recurso de casación prácticamente idéntico, que *«[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».*

Cierto es que en este caso se firmaron hasta siete contratos de swap distanciados en el tiempo, pero como acertadamente razona la sentencia recurrida, que los clientes no formularan reclamación hasta que recibieron las liquidaciones negativas resulta lógico, al ser entonces cuando pudieron percibir su error, máxime si el encadenamiento de contratos venía dado por la inconveniencia del vencimiento anticipado de los anteriores, habida cuenta su elevado coste y la falta de constancia de una clara explicación sobre sus bases, que se planteó ante la alarma creada por las primeras liquidaciones negativas. Y como hemos recordado en la sentencia 742/2015, de 18 de diciembre , la celebración de contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita de otros posteriores, por cuanto que tales contratos son anteriores en el tiempo. La confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores.

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil . De acuerdo con la narración de hechos fijada en la instancia, las demandantes fueron conscientes del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, por lo que no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.

4.- Tampoco puede considerarse que constituya una confirmación de los contratos anulables el hecho de que en los mismos se contuviera una mención predispuesta en la que se advertía genéricamente del posible riesgo de la operación; puesto que no se trata de un hecho posterior realizado cuando el vicio de la voluntad ha desaparecido y con conocimiento de este. Además, a la falta de eficacia de este tipo de menciones ya nos hemos referido anteriormente.

Razón por la cual no cabe considerar que en este caso se produjera una confirmación de los contratos que sanara su anulabilidad. Lo que debe conducir a la desestimación de este segundo motivo de casación.

Cuarto.- Costas y depósitos.-

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

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

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

FALLAMOS



1.- DESESTIMAR los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de fecha 25 de julio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 3174/12 .

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO