



Roj: **STS 512/2016 - ECLI:ES:TS:2016:512**

Id Cendoj: **28079110012016100065**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/02/2016**

Nº de Recurso: **2397/2012**

Nº de Resolución: **66/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2964/2012,**
STS 512/2016

SENTENCIA

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

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 Bizkaia, sección 4ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Durango.

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

Es parte recurrida las entidades Azpiaran S.L. Unipersonal, Azpiaran Decoletaje S.L., Ipaqui Services S.L. y Esgesa S.A., representadas por el procurador José Luis Martín Jaureguibeitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Esther Asategi Bizkarra, en nombre y representación de las entidades Azpiaran S.L. Unipersonal, Azpiaran Decoletaje S.L., Ipaqui Services S.L. y Esgesa S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Durango, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia:

«por medio de la cual:

1 - Se declare la nulidad por error en el consentimiento de los siguientes contratos.

- Contrato suscrito entre el Banco Santander Central Hispano S.A. y Azpiaran S.L. con fecha 19 de octubre de 2007, que sustituye al contrato inicial suscrito entre las mismas partes con fecha 29 de diciembre de 2006.

- Contrato suscrito entre el Banco Santander Central Hispano S.A. e Ipaqui Services S.L., con fecha 19 de octubre de 2007, en sustitución del Contrato de 26 de enero de 2006.

- Contrato suscrito entre Azpiaran S.L. y el Banco Santander Central Hispano S.A. con fecha 13 de febrero de 2007 en sustitución del contrato firmado con fecha 18 de enero de 2007.

- Contrato suscrito entre Azpiaran Decoletaje S.L. y el Banco Santander Central Hispano S.A. con fecha 31 de marzo de 2008.

- Contrato suscrito entre Esgesa S.A. y el Banco Santander Central Hispano S.A. con fecha 17 de octubre de 2008.



2 -Se condene a las partes a devolverse recíprocamente todas y cada una de las prestaciones que hubiesen efectuado como consecuencia de dichos contratos, incrementadas en sus frutos e intereses desde que tuvo lugar la entrega de las mismas.

Subsidiariamente y, para el caso en que S.S.^a estime que no procede apreciar el error en el consentimiento prestado por el Sr. Lorenzo :

- Se declare la nulidad por abusivos de los contratos expuestos de acuerdo a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre.

- Se condene a las partes a devolverse recíprocamente todas y cada una de las prestaciones que hubiesen efectuado como consecuencia de dichos contratos, incrementadas en sus frutos e intereses desde que tuvo lugar la entrega de las mismas.

Se impongan expresamente las costas del presente procedimiento a la parte demandada».

2. La procuradora Elena Astigarra Albistegui, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la misma y absuelva a mi mandante de todos los pedimentos que en ella se consignan, con expresa imposición de costas a la actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Durango dictó sentencia con fecha 11 de julio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda sobre ejercicio de acción de nulidad contractual, interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Esther Asategui Bizkarra, en nombre y representación de las mercantiles Azpiaran S.L. Unipersonal, Azpiaran Decoletaje S.L., Ipaqui Services S.L. y Esgesa S.A., frente a la mercantil Banco de Santander S.A., (Banco Santander Central Hispano S.A.), representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Elena Astigarraga Albistegui, he de declarar y declaro que son nulos los siguientes contratos:

a.- Contrato suscrito entre el Banco de Santander Central Hispano S.A. y Azpiaran S.L., con fecha 19 de octubre de 2.007, que sustituye al contrato inicial suscrito entre las mismas partes con fecha 29 de diciembre de 2.006.

b.- Contrato suscrito entre el Banco de Santander Central Hispano S.A. e Ipaqui Services S.L., con fecha 19 de octubre de 2.007, que sustituye al contrato inicial suscrito entre las mismas partes con fecha 29 de diciembre de 2.006.

c.- Contrato suscrito entre el Banco de Santander Central Hispano S.A. y Azpiaran S.L., con fecha 13 de febrero de 2.007, que sustituye al contrato inicial suscrito entre las mismas partes con fecha 18 de enero de 2.007.

d.- Contrato suscrito entre el Banco de Santander Central Hispano S.A. y Azpiaran Decoletajes S.L., con fecha 31 de marzo de 2.008.

e.- Contrato suscrito entre el Banco de Santander Central Hispano S.A. y Esgesa S.A., con fecha 17 de octubre de 2.008.

La declaración de nulidad determinará la obligación de volver las partes al estado en que se encontraban con anterioridad a la firma de dichos contratos, estableciéndose igualmente la obligación de devolución recíproca a las partes de todos y cada uno de las prestaciones que hubiesen efectuado como consecuencia de dichos contratos, incrementada en sus frutos e intereses desde que tuvo lugar la entrega de las mismas. Ello implicará la condena a la entidad demandada Banco de Santander S.A., a la devolución de las cantidades que haya cobrado de las mercantiles actoras, en ejecución de cada uno de los contratos, previa deducción de las cantidades abonadas a cada una de las mercantiles demandantes.

Y ello con la expresa imposición a la parte demandada condenada de todas las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante Sentencia de 2 de mayo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Durango en el juicio ordinario nº 470/10 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos las costas del recurso a la parte apelante».



2. Instada la aclaración de la anterior resolución, la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó Auto de fecha 15 de junio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«La Sala acuerda: No ha lugar a aclarar, en ningún sentido, la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 2 de mayo de 2012 , debiéndose de estar a su contenido literal».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1. El procurador Rafael Eguidazu Buerba, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal:

«1º) Infracción de los arts. 316 , 326 y 376 LEC ».

El motivo del recurso de casación:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC ».

2. Por diligencia de ordenación de 14 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª, 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.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco de Santander, S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida las entidades Azpiaran S.L. Unipersonal, Azpiaran Decoletaje S.L., Ipaqui Services S.L. y Esgesa S.A., representadas por el procurador José Luis Martín Jaureguibeitia.

4. 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 2 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 13/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 470/2010 de la UPAD de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Durango.».

5. Dado traslado, la representación procesal de las entidades Azpiaran S.L. Unipersonal, Azpiaran Decoletaje S.L., Ipaqui Services S.L. y Esgesa S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

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

Las sociedades Azpiaran, S.L.U., Azpiaran Decoletaje, S.L., Ipaqui Services, S.L. y Engesa, S.L. forman parte del mismo grupo (Azpiaran), y de todas ellas era administrador el Sr. Lorenzo .

i) El 19 de octubre de 2007, Azpiaran, S.L.U. contrató con Banco Santander un swap (« *Confirmación de permuta financiera de tipos de interés. Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out* »), que tenía por fecha de inicio el 22 de octubre de 2007 y de vencimiento 22 de octubre de 2012, con un nominal de 1.400.000 euros. Este contrato sustituía a otro anterior suscrito el 29 de diciembre de 2006, que fue cancelado previamente a la suscripción del nuevo swap.

Conforme al nuevo swap, el cliente obtenía liquidaciones a su favor cuando el Euribor a 3 meses era superior al 4,59%, mientras que eran a favor del banco si este índice se situaba por debajo de del 4,59%. Además, se introduce una «conversión unilateral» con opción para el banco, de modo que si el tipo variable (Euribor a 3 meses) se sitúa entre el 5,25% y el 5,75%, el cliente, en lugar de abonar el 4,59%, pasaba a abonar el cap del 5,25%.

Hasta el 22 de octubre de 2009, se practicaron liquidaciones a favor del cliente por un total de 48.673,70 euros y a favor del banco por 77.735,93 euros.



ii) El 19 de octubre de 2007, Ipaqui Services, S.L. contrató con Banco Santander un swap (« *Confirmación de permuta financiera de tipos de interés. Swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con cap con knock-out* »), que tenía por fecha de inicio el 22 de octubre de 2007 y de vencimiento 22 de octubre de 2012, con un nominal de 1.600.000 euros. Este contrato sustituía a otro anterior de 29 de diciembre de 2006, que fue cancelado previamente a la suscripción del nuevo swap.

Conforme al nuevo swap, el cliente obtenía liquidaciones a su favor cuando el Euribor a 3 meses era superior al 4,59%, mientras que eran a favor del banco si este índice se situaba por debajo de del 4,59%. Además, se introduce una «conversión unilateral» con opción para el banco, de modo que si el tipo variable (Euribor a 3 meses) se sitúa entre el 5,25% y el 5,75%, el cliente, en lugar de abonar el 4,59%, pasaba a abonar el cap del 5,25%, suponiendo una protección del banco frente a una hipotética subida de los tipos de interés.

Hasta el 12 de abril de 2010, se practicaron liquidaciones a favor del cliente por un total de 55.707,19 euros y a favor del banco por 90.659,72 euros.

iii) El 13 de febrero de 2007, Azpiaran, S.L.U. contrató con Banco Santander un swap (« *Confirmación de permuta financiera de tipos de interés. Swap bonificado reversible media* »), que tenía por fecha de inicio el 26 de febrero de 2007 y de vencimiento 27 de febrero de 2012, con un nominal de 180.000 euros. Este contrato sustituía a otro anterior de 18 de enero de 2006, que fue cancelado previamente a la suscripción del nuevo swap.

Conforme al nuevo swap, el cliente obtenía liquidaciones a su favor cuando el Euribor a 12 meses era superior al 4,33%, mientras que eran a favor del banco si este índice se situaba por debajo de del 4,33%. Además, se introduce una barrera Knock-in, por medio de la cual, si el índice de referencia superaba el umbral del 4,80%, el cliente pasaba a abonar la media anual del Euribor a 3 meses.

Hasta el 26 de febrero de 2010, se practicaron liquidaciones a favor del cliente por un total de 20.376,08 euros y a favor del banco por 26.926,97 euros.

iv) El 31 de marzo de 2008, Azpiaran Decoletaje, S.L. concertó con Banco Santander un contrato de swap (« *swap ligado a la inflación* »), que tenía por fecha de inicio el 2 de abril de 2008 y de vencimiento 2 de abril de 2012, con un nominal de 100.000 euros. Conforme a este contrato, el cliente abonaba el resultado de multiplicar el nominal por la tasa de inflación acumulada, mientras que el banco demandado abonaba el resultado de multiplicar el nominal por el tipo fijo.

Hasta el 2 de abril de 2010, sólo se practicaron liquidaciones a favor del cliente por un total de 6.752,59 euros.

v) El 17 de octubre de 2008, Esgesa, S.A. concertó con Banco Santander un contrato de swap («*Confirmación de swap ligado a la inflación. Swap pagador de gastos de inflación acumulada*»), que tenía por fecha de inicio el 20 de octubre de 2008 y de vencimiento 20 de octubre de 2012, con un nominal de 400.000 euros. Conforme a este contrato, el cliente abonaba el resultado de multiplicar el nominal por una tasa de inflación fija mientras que el banco demandado abonaba el resultado de multiplicar el nominal por una tasa de inflación acumulada.

Hasta el 7 de abril de 2010, se practicaron liquidaciones sólo a favor del banco por un total de 20.727,77 euros.

2. En su demanda, Azpiaran, S.L.U., Azpiaran Decoletaje, S.L., Ipaqui Services, S.L. y Engesa, S.L., pidieron la nulidad de los cinco contratos de swap que acabamos de reseñar, por error vicio, propiciado por el banco que infringió el deber de informar al administrador Don. Lorenzo de los riesgos que los distintos contratos implicaban. También pidió la restitución de las prestaciones devengadas y los correspondientes intereses.

El juzgado de primera instancia, después de analizar el contenido de los contratos y las pruebas practicadas, concluyó que el banco había incumplido las obligaciones de información sobre los concretos riesgos que conllevaba la suscripción de estos cinco contratos de swap, y que habían sido contratados por el administrador de las cuatro sociedades demandantes por error vicio. Consecuentemente, acuerda la restitución de las prestaciones que cada una de las partes hubiera recibido, derivada de estos contratos, más los intereses correspondientes desde que tuvieron lugar las correspondientes entregas.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Santander. Este recurso ha sido desestimado por la Audiencia Provincial, que confirma la decisión del juzgado de considerar nulos los cinco contratos litigiosos, por haber sido concertados con el consentimiento viciado por error del administrador de las sociedades demandantes.

Conviene transcribir la parte esencial del razonamiento de la Audiencia, en atención al contenido de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal:

« (...) la situación de una y otra parte en absoluto es la misma y, si además consideramos que se trata de unos productos que, como antes se ha dicho, fueron redactados unilateralmente por el Banco y ofrecidos por este sin ningún interés previo del cliente de contratarlos, parece claro que el Banco estaba en la obligación



de informar al cliente, con exhaustividad y total precisión, de todas las eventualidades o escenarios que en el futuro podían concurrir, incluso las más desfavorables para él; lo cual en absoluto consta que sucediera, es más, consta exactamente lo contrario y basta para ello para observar la declaración en juicio del empleado del Banco D. Asier Vitoria (a partir del minuto 16'14 de la marca 4 del CD), persona que intervino en la suscripción, oferta y firma de alguno de los referidos contratos; como otras muchas veces ha sucedido, se constata que bajo el señuelo de estar protegido contra futura subida del euribor o del índice de inflación (y aunque no estuviera vigente ninguna otra operación financiera que pudiera estar afectada por esa eventualidad, como en el caso sucedía), el Banco de Santander logró "colar" (valga la expresión) unos contratos en los que las mayores probabilidades de obtener beneficios económicos a largo plazo eran para el Banco; primero, porque estaba en mejor disposición que el cliente para conocer los movimientos futuros del euribor y la inflación; y, segundo porque, aunque así no fuera, el resultado final en un hipotético supuesto de incertidumbre a ese respecto era proporcionalmente más favorable al Banco que al cliente, pues el Banco tenía un tope marcado y el cliente no; los hechos objetivamente producidos han confirmado la certeza de lo que antecede, en la importante cuantía en contra del Grupo Azpiaran que en la demanda se indica y el informe del perito Sr. Urbano confirma.

»A esa carencia de información completa y exhaustiva, que es suficiente para propiciar en este caso el error de la otra parte al momento de contratar, hay que añadir la absoluta indeterminación para el cliente de las consecuencias de un eventual vencimiento anticipado del contrato, en el supuesto que no le interesara continuar por las liquidaciones negativas que los contratos de permuta financiera pudieran ofrecer; en el contrato marco, del que dichos contratos dimanaban, se estableció que el vencimiento anticipado se haría "a precios de mercado", que es tanto como no decir nada, al menos para unos clientes cuya actividad diaria está muy alejada de los temas macroeconómicos; una vez más, el Banco de Santander, S.A. está más capacitado para conocer cual puede ser ese "precio de mercado" y debió acreditar, lo que no ha hecho, que informó previamente a las sociedades del Grupo Azpiaran cual podría ser el precio, al menos aproximado, de apartarse de los contratos, si decidían hacerlo, o la fórmula para obtenerlo».

4. Frente a la sentencia de apelación, Banco Santander interpone recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base de un único motivo, y recurso de casación, que también se articula en un único motivo.

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. 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 concreta en qué habría consistido este error: la sentencia no ha tenido en consideración el perfil y la experiencia en este tipo de contratos de las sociedades demandantes, y de su administrador Don. Lorenzo , quien había sido durante seis años analista de riesgos en una entidad de capital riesgo, Talde Gestión, SGEGR, S.A.; la sentencia entiende que no existía ningún interés por las sociedades demandantes en suscribir los contratos de permuta financiera, en tanto que no soportaban ninguna operación financiera referenciada a Euribor o inflación, lo que no justifica la nulidad, ni es exacto, ya que tenían deudas financieras con otras entidades de crédito; la sentencia entiende que el banco incumplió sus obligaciones de información, sin tener en cuenta que el cliente, que era una persona con formación económica y preparado, suscribió ocho contratos de swap, todos ellos de similar complejidad, que contenían una información detallada de las características del producto y en los que se advertía de que la caída de los tipos de interés y la inflación era un riesgo; la sentencia declara que existió una absoluta indeterminación para el cliente de las consecuencias de un eventual vencimiento anticipado del contrato, en el caso en que no le interesara continuar, en contra de lo que se desprende de los contratos y del hecho de que el cliente hubiera admitido con anterioridad dos cancelaciones que ascendían a 45.016,53 euros y 51.447,47 euros; la sentencia entiende que el banco coló al cliente unos contratos que sólo podían reportar beneficios para el propio banco, cuando eso se contradice con los propios contratos.

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

2. Desestimación del motivo . En el motivo se cuestionan valoraciones realizadas por el tribunal de instancia que no se refieren a la determinación o acreditación de hechos, sino que son jurídicas.

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 valoración del perfil del inversor, en cuanto se ajusta a la previsión del art. 79 LMV, no deja de ser una valoración jurídica, sin perjuicio de que subyazca a esta valoración la determinación de unos hechos objetivos, que en este caso no se cuestionan. Lo que se cuestiona es que no se haya tenido en cuenta que, a juicio del recurrente, el administrador de las sociedades demandantes era un inversor experimentado (por haber trabajado como analista de riesgos en una empresa de capital riesgo), al efecto de no apreciar el error o, cuando menos, concluir que era inexcusable, y esto no puede ser objeto de este recurso, sino, en su caso, del de casación. En cuanto a la existencia de interés por las sociedades de cubrir un riesgo de subidas de interés, aunque se hace referencia a ello en el razonamiento de la Audiencia, carece de relevancia, pues, como argumenta el propio recurso, ello no determina la nulidad, y de hecho no ha sido la razón por la que se ha apreciado el error vicio. El error vicio se ha apreciado por falta de información sobre los concretos riesgos que conllevaban los productos de swap concertados. En este sentido, también carece de relevancia en este recurso la cuestión suscitada sobre las consecuencias que, con vistas a la valoración o apreciación del error, pudieran derivarse de que hubieran sido ocho los contratos suscritos y que el administrador hubiera trabajado seis años como analista de riesgos en una sociedad de capital riesgo. De igual modo, la valoración acerca de la indeterminación de la fórmula de liquidación en caso de cancelación anticipada, esto es, si la incluida en el contrato era suficiente o no para evitar la contratación con error vicio, es también una valoración jurídica, ajena a este recurso extraordinario por infracción procesal. Finalmente, también es una valoración jurídica la afirmación contenida en la sentencia de que el banco coló al cliente unos contratos que sólo podía reportar beneficios para él.

En suma, el recurso pretende impugnar valoraciones jurídicas vinculadas o relativas a la suficiencia de la información respecto del error vicio y su excusabilidad, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, sin que resulte admisible.

TERCERO.- Recurso de casación

1. Formulación del motivo . El motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia relativa a la presunción *iusuris 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, porque 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 los vicios del consentimiento»; ii) la sentencia «declara la nulidad de unos contratos sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados considerando esencial el error que aprecia en la actora, como consecuencia de una falta de información»; iii) «declara la nulidad de unos contratos sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados considerando excusable el error que aprecia en la actora»; 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 de los negocios».

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

2. Estimación del motivo . 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.

[...]

»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.

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

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

3. 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.

Cabría presumir el error vicio por la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swaps (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés). Pero esta presunción admite una justificación en contrario en casos como el presente, en que quien contrata los productos financieros complejos tiene una experiencia profesional, como analista de riesgos en una empresa de capital riesgo, que impide apreciar la existencia de una asimetría informativa, y, en cualquier caso, permite que se le presuponga una capacidad de entender los riesgos que se asumía en la contratación de los swaps a la vista de la información contenida en los contratos.

No cualquier experiencia empresarial justifica que no opere la presunción de error vicio en caso de falta de suministro de información. Pero una experiencia como analista de riesgos en una empresa de capital riesgo, por un tiempo significativo (seis años), previa a la adquisición del grupo de sociedades que pasó a administrar y para las que contrató los swaps cuya nulidad se pide en este pleito, debe considerarse relevante para dejar sin efecto aquella presunción que establecimos en la reseñada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

Por esta razón, consideramos que se ha conculcado la jurisprudencia antes expuesta sobre el error vicio, en la medida en que en este caso, la experiencia del administrador de las sociedades que contrató los swaps cuya nulidad se pide ahora, (seis años de analista de riesgos de una sociedad de capital riesgo), permite presuponerle un conocimiento y preparación suficiente para comprender los riesgos que asumía con la contratación de estos productos financieros complejos.

De este modo, dejamos sin efecto la sentencia de apelación, y en su lugar acordamos la estimación del recurso de apelación formulado por Banco Santander contra la sentencia de primera instancia, con la desestimación íntegra de la demanda y la absolución del demandado de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

CUARTO.- Costas

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

Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas de la casación a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

Estimado el recurso de apelación, tampoco imponemos las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).



Aunque a la postre se ha desestimado la demanda, no imponemos las costas en atención a las dudas que suscitaba la materia en el momento en que se planteó la controversia en primera instancia (art. 394 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 Bizkaia (sección 4ª) de 2 de mayo de 2012 (rollo núm. 13/2012), que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Durango de 11 de julio de 2011 (juicio ordinario 470/2010). Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso.

2º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 4ª) de 2 de mayo de 2012 (rollo núm. 13/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas.

3º Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Durango de 11 de julio de 2011 (juicio ordinario 470/2010), sin hacer expresa condena en costas.

4º Desestimar la demanda formulada por la representación de Azpiaran, S.L.U., Azpiaran Decoletaje, S.L., Ipaqui Services, S.L. y Engesa, S.L. contra Banco Santander, S.A., a quien absolvemos de las pretensiones ejercitadas en la demanda, sin imponer las costas a ninguna de las partes.

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 .- 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.