

Roj: STS 4660/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4660
Id Cendoj: 28079110012015100608
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 885/2012
Nº de Resolución: 613/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por BANCO DE SANTANDER, S.A , representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada el 9 de enero de 2012 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación núm. 381/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 77/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria/Gasteiz, sobre nulidad de inexistencia o nulidad de contrato marco de operaciones financieras y de contratos de confirmación de diversas modalidades de permuta financiera (swap). Ha sido parte recurrida MANIPULADOS ALAVESES, S.L., representado ante esta Sala por la procuradora D^a Mercedes Revillo Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador D. Javier Area Anitua, en nombre y representación de MANIPULADOS ALAVESES S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, SA ., en la que solicitaba se dictara sentencia « Que: 1. Se declare la inexistencia y carencia de eficacia y valor alguno de los contratos aportados por el BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. en las diligencias preliminares , y concretamente los recogidos en el documentos nº 3 aportado con esta demanda, por falta de consentimiento.

2. Subsidiariamente, y para el supuesto de que se entendiere de que sí existen dichos contratos, se declare en todo caso la nulidad de los mismos por defecto y error grave de consentimiento.

3. Se condene al banco demandado a estar y pasas por tales declaraciones.

4. Se acuerde la restitución recíproca de las cantidades percibidas con devolución de las que cada una de las partes haya percibido, aun cuando por razones de economía procesal y simplicidad se limita el suplico a las cantidades que el banco ha percibido en exceso de mi mandante, y en concreto la cifra de **31.748,42 #**, más los intereses correspondientes de la fecha de su cargo o abono, con arreglo a las deducción efectuadas, llevándose a cabo en ejecución de sentencia.

5. Se condene asimismo al banco demandado a que reintegre las cantidades que siga cargando en la cuenta de mi mandante a partir de la fecha de presentación de esta demanda, desde que aquellos cargos se hiciere, más sus intereses legales desde su fecha de cargo hasta ejecución de la sentencia.

Que haga expresa imposición de costas a la demandada.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 5 de enero de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz y fue registrada con el núm. 77/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D^a Iratxe Damborenea Agorria, en representación de BANCO DE SANTANDER, S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «Que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

« FALLO: Que desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Area Anitua Miguel, en nombre y representación de Manipulados Alaveses frente a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formulados. Todo ello sin hacer expresa condena en costas.»

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de MANIPULADOS ALAVESSES, SL.

La resolución de este recurso correspondió a la sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, que lo tramitó con el número de rollo 381/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de enero de 2012 cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de MANIPULADOS ALAVESSES, S.L., frente a la Sentencia núm. 2527/10 dictada el 16 de Diciembre por el Juzgado de primera Instancia núm. 1 de los de Vitoria-Gasteiz, en el Procedimiento ordinario de cuantía determinada núm. 77/10 del que dimana este Rollo; y REVOCAR dicha Sentencia y, en su virtud, **estimando la demanda** deducida por dicha representación contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., **debemos declarar y declaramos la nulidad de los siguientes contratos suscritos por las partes:1º.-** El contrato marco de operaciones financieras de 16 de noviembre de 2004; **2º.-** El contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés ("Swap In Arrears 3x2 Plus") de 18 de noviembre de 2004; **3º.-** El contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In In arrears) de 19 de mayo de 2005 ; **4º.-** El contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears) de 22 de marzo de 2006; **5º.-** El contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés ("Swap Bonificado Reversible media") de 17 de noviembre de 2006; y **6.-** El contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés ("Swap Flotante Bonificado") de 6 de febrero de 2008; **debiéndose restituir las partes recíprocamente todas las cantidades percibidas como consecuencia de los referidos contratos , con los intereses correspondientes** ; todo ello, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias».

SEXTO.- La procuradora D^a Iratxe Damborenea Agorria en representación de BANCO SANTANDER, SA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

- «1. Infracción del artículo 218 de la LEC con base al artículo 469.1.2º de la LEC .
2. Vulneración de los artículos 316 , 326 y 376 de la LEC , respecto a la valoración de la prueba y con base en el artículo 469.1.4º de la LEC .
3. Infracción del artículo 217 de la LEC con base al artículo 469.1.2º de la LEC
4. Vulneración del artículo 218.2 de la LEC , por falta de motivación de la Sentencia Recurrida con base en el artículo 469.1.2º de la LEC .

Los motivos del recurso de casación fueron:

«ÚNICO.- Procedencia del Recurso de Casación al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por presentar, la resolución del recurso interés casacional.»

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 14 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

« LA SALA ACUERDA:

1.- NO ADMITIR LOS MOTIVOS PRIMERO Y CUARTO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de "BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A" contra la sentencia dictada, con fecha 9 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) en el rollo de apelación nº 381/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 77/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria-Gasteiz.

2.- ADMITIR LOS MOTIVOS SEGUNDO Y TERCERO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la indicada parte recurrente contra la mencionada sentencia.

3.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A." contra la sentencia dictada, con fecha 9 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª) en el rollo de apelación nº 381/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 77/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria-Gasteiz.».

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

NOVENO.- Por providencia de 8 de septiembre 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 22 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 18 de noviembre de 2004, la compañía mercantil "Manipulados Alaveses, S.L.", pequeña empresa dedicada a la manipulación de papel y la encuadernación, con un capital social de 3.010 # y un patrimonio neto de -21.382,94 #, celebró con "Banco Santander, S.A." un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), en cuyo desarrollo se concertaron diversos contratos de permuta financiera:

1.1.- Un contrato denominado "swap in arrears 3x12 plus", con inicio el 22 de noviembre de 2004, un nominal de un millón de euros y vencimiento el 22 de noviembre de 2006.

1.2.- Un contrato denominado "swap bonificado escalonado con barrera knock-in arrears", con fecha de inicio el 22 de noviembre de 2005, con el mismo nominal que el anterior y vencimiento el 22 de noviembre de 2007.

1.3.- Un contrato titulado igual que el anterior, con el mismo nominal, con inicio el 22 de noviembre de 2005 y vencimiento el 23 de noviembre de 2009.

1.4.- "Swap bonificado reversible media" (igual que los anteriores, pero según el documento con la adición de la venta de "un cap medio trimestral con knock-in, que lleva aparejada una prima de la opción Cap, que se aplica para reducir el tipo fijo de la operación aplicado exclusivamente al cliente"). Mismo nominal que los anteriores. Inicio: 20 de noviembre de 2007 y vencimiento 22 de noviembre de 2010.

1.5.- "Swap flotante bonificado", por importe de 1.500.000 #, e inicio el 6 de febrero de 2008 y mismo vencimiento que el anterior.

Se da la circunstancia de que algunos de los contratos de swap no aparecen firmados por el cliente, que ni siquiera disponía de copias de los mismos, que para la interposición de la demanda tuvieron que ser obtenidos mediante unas diligencias preliminares; y en otros no figuran los nombres de las personas que actuaban en nombre de la entidad financiera.

En el desenvolvimiento negocial de tales contratos, el banco fue realizando cargos y abonos que dieron lugar a los siguientes resultados: a) el contrato swap in arrears 3x12 plus arrojó un resultado positivo para el cliente de 3.590,89 #; b) El swap bonificado escalonado con barrera knock-in in arrears de 2005, tuvo un resultado positivo para el cliente de 3.964,30 # y el contrato de mismo nombre de 2006, otro resultado positivo de 3.847,92 #; c) Sin relación a ningún contrato en especial, se giró en 2006 un resultado negativo para la demandante de -9.013,22 #; d) Con cargo a un contrato de 6 de febrero de 2008, no aportado a las diligencias preliminares, se giró al cliente una factura de -19.882,12 #; e) Se anunció al cliente un cargo, sin especificar contrato, de 14.892,50 #.

En diciembre de 2009, "Manipulados Alaveses, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba la declaración de nulidad de los referidos contratos por vicio del consentimiento, ordenando la restitución recíproca de las prestaciones.

2.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria, éste dictó sentencia desestimatoria de la demanda, por considerar que no hubo error en el consentimiento, como demuestra que el cliente no solo suscribió los contratos, sino que los fue

cancelando y encadenando nuevos contratos; y lo que sucedió fue que una vez el devenir de los contratos comenzó a arrojar un resultado negativo no quiso asumir lo pactado.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, el mismo fue resuelto por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, que rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, y consideró que no se ofreció al cliente la información requerida por la legislación sobre el mercado de valores, que no se especificaron las reglas de cálculo para la cancelación de los contratos y que los asientos y liquidaciones no se justificaron documentalmente; todo lo cual indujo a error al cliente. Por lo que estimó el recurso de apelación y con él la demanda.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-

1.- De los cuatro motivos del recurso de infracción procesal formulado por "Banco Santander, S.A.", sólo se admitieron el segundo y el tercero. El segundo, se formula al amparo del artículo 469.1.4º LEC, por infracción de los artículos 316, 326 y 376 LEC, que dan lugar a conclusiones erróneas y arbitrarias. Mientras que el tercero se aduce al amparo del artículo 469.1.2º LEC, por infracción del artículo 217 de la misma Ley.

2.- Respecto del primero de tales motivos, 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 del enjuiciamiento en la instancia, que se agota 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 al tribunal 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 de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, 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 el cliente no estaba en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas de los productos financieros contratados y que, por ello, prestó un consentimiento viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

3.- Sobre esta base, la sentencia recurrida no infringe los preceptos citados como tales por el recurrente (artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al reconocimiento de hechos en la prueba de interrogatorio de parte; artículo 326 de la misma Ley, relativo a la fuerza probatoria de los documentos privados; y artículo 376, 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, puesto que la documentación era incompleta, hasta el punto de que la actora tuvo que obtener la que acompañó con su demanda mediante una solicitud de diligencias preliminares; sin que la sucesión de contratos pudiera subsanar el déficit informativo previo, puesto que los cargos y abonos que se realizaban en la cuenta de "Manipulados Alaveses, S.L." no estaban justificadas documentalmente. En concreto, la Audiencia, partiendo de la base de que las operaciones se realizaron con anterioridad a la vigencia de la trasposición de la normativa MiFID (Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008), consideró que la entidad financiera no había ofrecido la información a que obligaba la legislación vigente en esas fechas, por lo que el cliente no podía ser conocedor de los riesgos que contraía al suscribir los contratos, ni de los costes de cancelación de los mismos. 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"*.

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

4.- En lo que atañe al segundo motivo, relativo a la infracción de las normas sobre carga de la prueba, dicha institución no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia (Sentencia de esta Sala núm. 244/2013, de 18 de abril , entre otras muchas). Y eso no es lo sucedido en este caso, en que la sentencia recurrida no aprecia ausencia de prueba, sino que, antes al contrario, partiendo de los hechos que considera probados, considera que concurrió en la demandante un consentimiento viciado por error, que debe dar lugar a la nulidad de los contratos concertados con la entidad financiera demandada. Razones por las cuales, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto al resolver el recurso de casación, este segundo motivo (de los admitidos) del recurso extraordinario por infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

TERCERO.- Primer motivo del recurso de casación.

1.- 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 , en cuanto que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a un supuesto error cuyos requisitos no han sido acreditados.

2.- Respecto de este primer motivo, dado que 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 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; y 560/2015, de 28 de octubre . Las cuales puede afirmarse que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos. Más en particular, como quiera que los 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, haremos referencia a la regulación anterior, que hemos dado en llamar pre-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.- 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".

4.- 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, parte la Audiencia de la afirmación de que la mecánica básica de los productos, periodos de liquidación y tipos aplicables puede ser inteligible, pero no ocurre así con las liquidaciones periódicas ni con las cancelaciones anticipadas, que no muestran la más mínima claridad en su formulación. Del mismo modo que no cabe deducir la existencia de una imprescindible información acerca de las tendencias o progresiones de los tipos de referencia. Como hemos advertido en resoluciones precedentes, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, ya 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 el contrato y sus estipulaciones no fueron individualmente negociados, al tratarse de un contrato predispuerto por la oferente con vocación de proyectarlo a una generalidad de clientes (contrato de adhesión); y su clausulado no cumple las especificaciones de claridad y transparencia que exigían la mencionada normativa pre-MiFID 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 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.

5.- Si bien la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el actual artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores, 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 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 el encadenamiento de una serie de contratos de swap, 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 Hostelería 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, con un capital social mínimo para cubrir su tipo societario y una situación económica dificultosa, que dio lugar a un abultado patrimonio neto negativo.

6.- 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 suministrarla 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".

7.- De ello cabe concluir 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 suministrarla 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.

8.- En relación con este producto complejo, "Banco Santander, S.A." 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 cliente con el que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Y no solo no se aseguró de que "Manipulados Alaveses, S.L." reunía las condiciones precisas para la suscripción del contrato de permuta financiera, sino que, todo lo 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, hasta el punto de que el déficit informativo era de tal magnitud que el cliente ni siquiera disponía de la documentación contractual en la que constaban los pactos y condiciones básicas de los productos contratados, que no obtuvo hasta que interpuso una solicitud de diligencias preliminares, y ni así se completó la documentación de las relaciones entre las partes. Y sin que ello suponga que el error tuviera lugar cuando se tuvo acceso a tal acervo documental o cuando se recibieron las primeras liquidaciones negativas, pues tales momentos fueron, en su caso, los de advertencia del error, pero no los de acaecimiento del mismo, que tuvo lugar cuando se prestó el consentimiento sin tener noción precisa del riesgo asociado a estos productos.

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 del producto a su perfil, existió un error en el consentimiento de "Manipulados Alaveses, 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.

9.- 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. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (Sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, 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.

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

CUARTO.- Segundo motivo del recurso de casación.-

1.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por vulneración de los artículos 1.311 y 1.313 del Código Civil, la doctrina de los actos propios y la jurisprudencia que los interpreta, al no declarar la sentencia recurrida subsanado el supuesto error padecido en la contratación. Según dicho motivo, resumidamente, el hecho de que la relación contractual entre las partes hubiese durado cinco años y se hubieran encadenado diversos contratos de permuta financiera 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.

En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, 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 actora 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 del contrato. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, 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 1.310 y 1.311 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".

Además, en este caso, no cabe hablar de contratos independientes que pudieran suponer la confirmación o convalidación de los precedentes, sino que se trata de contratos íntimamente ligados, que suponen en la práctica meras novaciones de las relaciones anteriores y que están viciados por el error inicial al contratar el primer producto que luego se va renovando.

3.- Hemos dicho en la reciente Sentencia 535/2015, de 15 de octubre , al resolver un recurso de casación 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".* 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.

QUINTO.- Tercer y cuarto motivos de casación.-

1.- Estos motivos se formulan conjuntamente, al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción del art. 5.3 del Anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, en relación con los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil .

2.- Los mismos no suponen sino una reformulación del primer motivo de casación, por lo que dado que en su resolución hemos hecho referencia expresa a estos deberes de información y a la influencia de su incumplimiento en la génesis del error en el consentimiento, no tenemos más que remitirnos a lo ya argumentado, para evitar inútiles reiteraciones. Como hemos dicho en la Sentencia 549/2015, de 22 de octubre , *"[c]uando como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone*

a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esta información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

3.- Debemos insistir igualmente en que la información que la empresa de servicios de inversión debe proporcionar a su cliente no tiene que incluir una previsión de la evolución de los tipos de interés, sino que debe suministrar una información clara y comprensible, incluyendo una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, cerciorándose de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía. Lo que mal puede afirmarse que haya sucedido en este caso cuando el cliente ni siquiera disponía de la documentación básica de los contratos. Tanto antes como después de la incorporación a nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, la entidad financiera tenía la obligación de informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente. Para el banco, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. No habiéndose hecho así "Banco de Santander, S.A.", "Manipulados Alaveses, S.L." no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

4.- Razones por las cuales estos dos últimos motivos de casación deben seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

SEXO.-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 del depósito constituido, 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 9 de enero de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 381/11.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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 Francisco Marin Castan, 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 Secretario de la misma, certifico.