

Roj: STS 4237/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4237
Id Cendoj: 28079110012015100544

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 452/2012

Nº de Resolución: 535/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre 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 interpuesto por "Banco de Santander, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia núm. 639/2011 dictada el veintidós de diciembre de dos mil once, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, en el recurso de apelación núm. 516/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 630/2010 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria, sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida "Elder Medio Ambiente Vitoria, S.L.L.", representada ante esta Sala por el procurador D. Jesús Iglesias Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- La procuradora D^a María Teresa de la Cruz Martínez, en nombre y representación de "Elder Medio Ambiente Vitoria S.L.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco de Santander, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la que estimándose la demanda se declare:

» - A) la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (**SWAP**) suscrito el 02.10.07, denominado "con opción de conversión unilateral y con Cap con Knoutck-out (vencimiento 08.10.2010).

» - B) se deje sin efecto las liquidaciones trimestrales practicadas por el Banco Santander y ordene a las partes a la restitución recíproca de las cantidades positivas y negativas percibidas.

» - C) reintegro y devolución de las pérdidas acumuladas hasta la última liquidación (enero/2010), que totalizan la suma de 27.213,49 €, condenándose al demandado al pago de esta suma a la actora.

»- D) Se condene al pago de costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el treinta y uno de marzo de dos mil diez y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vitoria y fue registrada con el núm. 630/2010. 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 Santander, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda con la imposición de las costas a la actora».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria, dictó sentencia núm. 274/2010 de fecha treinta de diciembre de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: «Que desestimó la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. De la Cruz Martínez, en nombre y representación de "Elder Medio Ambiente Victoria Sociedad Limitada Laboral" frente a Banco de Santander Central Hispano, S.A., absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas. Todo ello sin hacer expresa condena en costas».

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Elder Medio Ambiente Victoria S.L.L." La representación de "Banco Santander, S.A." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el núm. de rollo 516/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 639/2011 en fecha veintidós de diciembre de dos mil once, cuya parte dispositiva dispone: «**FALLAMOS:** *Estimando el recurso de apelación interpuesto por Elder Medio Ambiente, SLL, contra la sentencia nº 274/10 dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo nº 630/10 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Vitoria-Gasteiz, debemos revocar la misma dejándola sin efecto y en su lugar, estimando la demanda inicial promovida por la recurrente contra Banco de Santander S.A., debemos declarar la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre las partes el 2 de octubre de 2007, dejando sin efecto las liquidaciones causadas como consecuencia del mismo, y condenando a la demandada, Banco de Santander, S.A. a que abone a la actora la cantidad de 27.213'49 euros. Asimismo se imponen las costas de la instancia a la demandada, sin especial declaración sobre las causadas con el recurso.*».

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

SEXTO.- La procuradora D^a Iratxe Damborenea Agorria, en representación de "Banco de Santander, S.A.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«**Primero.-** Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el art. 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».

«**Segundo.-** Al amparo del art. 469.1.4 de la LEC, por infracción de los arts. 326, 370.4 y 376 LEC respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«**Primero.-** Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla».

«**Segundo.-** Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC por vulneración de los arts. 1310, 1311 y 1313 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».

«**Tercero.-** Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC, por infracción del art. 5 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello, en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil.»

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 once de junio de dos mil trece, cuya parte dispositiva es como sigue: «**1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de la entidad Banco de Santander, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 22 de diciembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 516/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 630/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria.**

«**2º) Y entréguese copia del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto la actuaciones en la Secretaría.**».

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida "Elder Medio Ambiente Victoria, S.L.L.", para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de treinta de junio de dos mil quince, 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 diecisiete de septiembre de dos mil trece, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- La entidad "Elder Medio Ambiente, S.L.L." (en lo sucesivo, Elder) interpuso demanda contra "Banco Santander, S.A." (en lo sucesivo, Banco Santander o el banco) en solicitud de que se declarara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (**swap** de tipos de interés) que suscribieron el 2 de octubre de 2007, dejando sin efecto las liquidaciones derivadas de dicho contrato y condenando al banco a restituir a Elder 27.213,49 euros.

2.- Las partes habían suscrito un contrato marco el 11 de junio de 2004, en el seno del cual concertaron una permuta financiera de tipos de interés denominado "collar bonificado" con inicio el 31 de octubre del 2005, nominal de un millón de euros y vencimiento el 29 de octubre de 2010. El 20 de octubre de 2006 firmaron un documento de cancelación de la anterior permuta financiera, acordando terminar anticipadamente la operación en su totalidad el día 20 de octubre de 2006. Doce días después de esta cancelación, contrataron un "**swap** bonificado reversible media", con inicio el 6 de noviembre del 2006. Posteriormente contrataron un "**swap** de tipo de interés con opción de conversión unilateral y con Cap con Knock-out", con el mismo nominal de un millón de euros, fecha de inicio el 8 de octubre de 2007 y de vencimiento el 8 de octubre de 2012, y con esta operación se cancela la anterior con efectos de 2 de octubre de 2007. Las liquidaciones de este contrato de julio y octubre de 2009 y enero de 2010 arrojaron importantes pérdidas para Elder, a raíz de lo cual solicitó asesoramiento de terceros e interpuso la demanda.

3.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de dicha demanda, al considerar inhabitual la firma de un contrato bancario sin que el contratante se asesore o comprenda su contenido, y, de no haberlo comprendido, podía haberse asesorado por personal competente. Asimismo consideró que la firma sucesiva de tres contratos de permuta financiera excluye la existencia de error.

4.- Elder recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que Banco Santander había incumplido la normativa aplicable, en concreto el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, pues Elder se hizo una idea equivocada y sustancialmente desviada de lo que realmente representa el producto contratado, ya que Banco Santander incumplió su obligación, establecida en la normativa vigente en el momento de la contratación, que le imponía la carga de asegurarse no sólo la idoneidad del producto y su adecuación a lo que realmente quiere el cliente, sino también que el cliente comprende en su integridad la operación, con sus consecuencias. La información y conocimiento por el cliente del contenido, efectos y riesgos del contrato no ha de ser meramente formal, pues se requiere que el cumplimiento de las normas sobre la protección del interés de los clientes sea eficaz y conste que efectivamente se llegó a comprender en todos sus efectos el mecanismo y las consecuencias del contrato. Por ello, añade la Audiencia, si en dicho contrato se descubre un claro desequilibrio pues la ventajas derivadas de la subida de los tipos de interés de referencia, con un techo para las cargas del banco, no tienen parangón en caso de bajada, por existir un suelo en el tipo de las cargas financieras y no limitarse el mínimo de referencia que genera cargas al cliente (mientras la demandada tiene un margen de riesgo en la subida de un 1,13% del tipo de interés, en la bajada su beneficio es ilimitado, apunta la Audiencia), es que efectivamente no se ha explicado o no se ha entendido en toda su expresión el contrato. Como argumento de refuerzo, la Audiencia añade que en esa información y asesoramiento al cliente se debe incluir la previsión y expectativas de los mercados y de los tipos de interés, lo que no se hizo en el caso enjuiciado, cuando al suscribirse el contrato las expectativas de bajada de los tipos era más que previsible. A ello añade la Audiencia que la suscripción de diversos contratos de **swap** se hace bajo la liquidación anticipada de los anteriores, sin que se explique qué beneficio puede tener o qué ventajas se introducen para el cliente.

Declara asimismo la Audiencia que la referencia que la cláusula adicional del contrato tiene al conocimiento del riesgo es genérica, sin que se especifique cuáles son los riesgos ni conste cumplido el deber de información, reconociéndose en el propio contrato que el banco no ha cumplido las obligaciones de calificación, asesoramiento e información.

Argumenta también la sentencia de la Audiencia Provincial que no se explica ni se alcanza a comprender la razón de esas cancelaciones anticipadas que diluían los beneficios para la demandante, ni consta cómo

se calculaban los saldos en la liquidación, ni cuáles eran las consecuencias de la cancelación anticipada en caso de interesarlo Elder.

Como último argumento, la Audiencia consideró que la propia estructura económica de Elder, una sociedad limitada laboral constituida con la finalidad de generar autoempleo de sus socias, y su envergadura económica (capital de 9.000 euros y un patrimonio de aproximadamente 90.000 euros) pone de relieve la desproporcionada y desaconsejable asunción de riesgo sobre un nocional de un millón de euros, lo cual sólo puede explicarse desde la acción de la propia demandada, por medio de sus servicios comerciales, induciendo la contratación a quien realmente carece de perfil inversor y de medios financieros suficientes. Por ello, la Audiencia consideró que la celebración del contrato por Elder sólo se entiende por el desconocimiento o conocimiento erróneo de dicha entidad respecto de la sustancialidad del contrato y los riesgos asumidos en el mismo.

Como conclusión, la Audiencia declaró acreditado el error en el consentimiento, que además debía considerarse sustancial e inducido por la propia demandada, en cuanto afectaba a la esencia del contrato, al ser éste manifiestamente desproporcionado y perjudicial, lo cual revelaba además esa falta de asesoramiento e información que competía a Banco Santander, quien indujo a la contratación del complejo y arriesgado producto financiero, cuando realmente, si hubiera cumplido la normativa rectora del mercado de valores, habría debido valorar la inadecuación del mismo en atención al perfil de Elder.

5.- Banco Santander ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, con base en dos motivos, y recurso de casación, articulado en torno a tres motivos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El epígrafe que encabeza el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente: « *Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el art. 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo* ».

2.- El motivo se basa en que la sentencia recurrida hace recaer sobre Banco Santander las consecuencias de la falta de prueba de los hechos relevantes, pues no consta ninguna prueba que acredite que la demandante sufrió un error vicio del consentimiento y la prueba practicada prueba que Banco Santander le ofreció toda la información que la normativa bancaria exigía.

Asimismo, considera que no se ha probado la actuación diligente de Elder que convierta el error padecido en excusable, y la Audiencia no ha tenido en cuenta la contradicción existente entre las alegaciones de la demanda y los interrogatorios de los empleados del banco.

También considera relevante que el clausulado de los contratos de **swap** concertados por las partes contenga manifestaciones libres y voluntarias del cliente acerca de su conocimiento sobre los riesgos del contrato.

Concluye la recurrente manifestando que las pruebas practicadas acreditan que no pudo haber confusión sobre los elementos esenciales del contrato.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Las reglas de la carga de la prueba no han sido infringidas pues no ha sido necesario aplicarlas

1.- Las reglas contenidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya infracción alega Banco Santander en este motivo del recurso, han de ser aplicadas « *[c]uando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión[...]* », como dice el primer apartado de dicho precepto legal.

Dado que en el caso enjuiciado la Audiencia no ha considerado dudosos los hechos relevantes para su decisión sino que ha resuelto con base en los hechos que ha fijado al valorar las pruebas y con base en la interpretación de los documentos contractuales (complejidad del producto, ausencia de información clara su naturaleza y riesgos, perfil inadecuado del cliente, etc.), a lo que ha aplicado la normativa que ha considerado pertinente, las reglas de la carga de la prueba no han sido aplicadas y, por tanto, no han podido ser infringidas.

2.- Lo que plantea en este motivo la recurrente es su discrepancia con la valoración de la prueba y con el enfoque jurídico empleado por la Audiencia para resolver el recurso de apelación. Ambas cuestiones son ajenas a la carga de la prueba.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así: « *Al amparo del art. 469.1.4 de la LEC, por infracción de los arts. 326, 370.4 y 376 LEC respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible* ».

2.- El motivo se desarrolla criticando la valoración de la prueba de interrogatorio de parte y testigos, así como de la prueba documental, que realiza la Audiencia Provincial, a la que se tilda de « *manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible* », puesto que se aleja de la sana crítica.

Considera la recurrente que el anexo de funcionamiento de la permuta financiera explica correctamente cómo se calculan los saldos y advierte de las consecuencias negativas. En cuanto al coste de la cancelación, el contrato informa adecuadamente pues advierte que la cancelación « *se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el Cliente del coste correspondiente* », y asimismo el contrato contiene una declaración de las partes de conocer y aceptar los riesgos de la operación.

La sentencia habría incurrido en la infracción denunciada al no haber asumido las declaraciones de los empleados del banco, que declararon que habían explicado el producto a la representante de Elder y que explicaron las características del contrato.

Asimismo, la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida sobre el desequilibrio del contrato sería una mera apreciación del tribunal que no responde a la realidad de las condiciones del contrato.

Contrapone las declaraciones de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia a las de la sentencia de la Audiencia Provincial, considerando más acertadas las primeras que las segundas.

Y concluye discrepando de la valoración de la sentencia recurrida respecto de la inadecuación del perfil de la demandante en relación al producto contratado, puesto que tenía experiencia previa en la contratación de productos de inversión.

QUINTO.-Decisión de la Sala. Desestimación del motivo

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

La selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

Por otra parte, la valoración jurídica del contenido de algunos documentos, como es el caso de los contratos concertados por las partes, es cuestión ajena a la valoración de la prueba y no puede por tanto ser cuestionada al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y que la sentencia de la Audiencia Provincial discrepe de lo afirmado por el sentencia del Juzgado de Primera Instancia no puede servir de base para la impugnación de aquella, puesto que su función es justamente la de revisar, tanto en los aspectos fácticos como en los jurídicos, la sentencia de primera instancia.

Por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

SEXTO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente tenor: « Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla ».

2.- El motivo se fundamenta argumentando que la sentencia realiza una interpretación del error invalidante contraria a la aplicación restrictiva del concepto que mantiene la jurisprudencia para salvaguardar el principio de seguridad del tráfico jurídico, confundiendo la existencia de defectos en la información precontractual con el error vicio del consentimiento, sin justificar los requisitos necesarios para que este sea invalidante.

Se alega asimismo que el supuesto error se produjo después de firmar el contrato, por el acaecimiento de un riesgo que le fue explicado a la representante legal de la demandante cuando se suscribieron los sucesivos contratos y en el contrato se reconoció por Elder que conocía los riesgos, sin que pueda alegarse el error en el consentimiento con posterioridad a la suscripción del contrato litigioso.

También basa la recurrente el motivo en que la sentencia no analiza ni explica la concurrencia del requisito de la excusabilidad, pues la demandante pudo haber buscado asesoramiento con anterioridad a la suscripción del contrato litigioso para despejar el supuesto error y sin embargo la sentencia no analiza cuál fue el grado de diligencia de Elder para esclarecer los términos de lo que estaba firmando.

Y, por último, alega la recurrente que la sentencia de la Audiencia no habría analizado la existencia de un nexo causal entre el error y la formalización del contrato, pues solo se realizan suposiciones y deducciones ausentes de prueba.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. El error en la contratación de productos y servicios de inversión

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de intereses por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias num. 384/2014 y num. 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , y 110/2015 de 26 de febrero .

Por tanto, la sentencia recurrida no es contraria a la corriente jurisprudencial que aprecia la nulidad de los contratos sobre productos complejos de inversión, como es el caso del llamado "**swap**" de intereses, cuando el incumplimiento por la empresa de inversión de los deberes de información que le impone la normativa reguladora del mercado de inversión ha determinado el error sustancial y excusable del cliente que no es profesional de dicho mercado.

2.- La alegación de que el error de la demandante se produjo con posterioridad a la celebración del contrato parte de una formulación de la base fáctica del litigio diferente de la establecida en la sentencia recurrida, por lo que incurre en el vicio casacional de petición de principio. El error declarado en la sentencia se produjo cuando se emitió el consentimiento contractual, si bien se puso de manifiesto cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, se materializaron los riesgos inherentes al contrato suscrito y sobre los que la sentencia afirma que no se informó adecuadamente a la demandante. Es evidente que el conocimiento del error ha de ser siempre posterior a la celebración del contrato y normalmente tal conocimiento se producirá por el acaecimiento de un hecho negativo para el contratante que sufrió el error (en este caso, las abultadas liquidaciones negativas en contra del cliente), derivado justamente de dicho error.

Respecto de la existencia en el contrato de una mención que afirma « las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta Operación », no excluye la concurrencia del error en la adherente, dada la generalidad de la cláusula, que no explica la naturaleza de los riesgos inherentes al contrato. Sobre la ineficacia de este tipo de menciones estereotipadas y predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 .

3.- Tampoco es correcta la afirmación de que no se justifica adecuadamente el requisito de la excusabilidad del error, pues la sentencia recurrida lo hace en su fundamento segundo, enjuiciando tal requisito « desde la concreta relación y posición de las partes con lo que es el objeto del contrato, tanto desde

la perspectiva de la cuestiones de hecho relevantes, como desde los postulados legales que en su caso establezcan singulares obligaciones de diligencia a las partes », y lo hace derivar del incumplimiento por el banco del deber de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores y el carácter no profesional de la demandante.

El enfoque y tratamiento que la Audiencia hace de la cuestión es correcto. Dijimos en las sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece 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 « *asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...].* ».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos.

La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « *informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes* ».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

« 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 ».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : « *Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos*».

4.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , *«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 »* .

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, 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 los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa 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 veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

5.- Tampoco se considera correcta la afirmación de la recurrente en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haber buscado asesoramiento con anterioridad a la suscripción del contrato de **swap** para despejar el error.

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no 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 demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

6.- En el caso objeto del recurso, el relato fáctico sentado en la sentencia recurrida muestra que el producto contratado no se ajustaba al perfil del cliente, y que el mismo no recibió la información exigida en la normativa a que se ha hecho referencia, lo que le provocó un error de carácter sustancial al versar sobre la naturaleza y riesgos del producto, que ha de considerarse excusable por ser obligación del banco recurrente haber informado adecuadamente.

7.- Tampoco es correcta la afirmación de que la sentencia no justifica la existencia del nexo causal entre el error y la formalización del contrato, puesto que la Audiencia explica en su sentencia que fue Banco Santander quien, con su inadecuado asesoramiento y el incumplimiento de sus deberes de información, indujo a Elder a contratar un producto financiero complejo y arriesgado e inadecuado a su perfil. Es lo que algunas sentencias de esta Sala han calificado como "error heteroinducido".

OCTAVO.- Formulación del segundo motivo del recurso

1.- El enunciado que encabeza este motivo es el siguiente: *« Al amparo del art. 477.2.2º de la LEC por vulneración de los arts. 1310 , 1311 y 1313 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».

2.- Los argumentos que fundamentan el motivo son, sintéticamente, que en el procedimiento se ha producido una confirmación tácita derivada de actos propios indubitados consistentes en la suscripción por Elder de tres contratos de swaps y la cancelación anticipada de dos de ellas, aceptando las liquidaciones tanto positivas como negativas de los años anteriores, así como la mención contenida en el contrato relativa a que el cliente conocía los riesgos del contrato litigioso.

NOVENO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de confirmación tácita del contrato

1.- La 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.

Habiéndose ejercitado la acción de anulación del tercer contrato de **swap** celebrado entre las partes, la celebración de dos contratos anteriores no puede constituir una confirmación tácita del tercer contrato, 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 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 la demandante fue consciente del error cuando comenzaron las liquidaciones negativas por cantidades muy importantes, a partir de octubre de 2007, por lo que no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.

2.- Tampoco puede considerarse que constituya una confirmación del contrato anulable el hecho de que en el mismo se contuviera una mención predispuesta en la que se decía que « *las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta Operación* ». No se trata de un hecho posterior realizado cuando el vicio de la voluntad ha desaparecido y con conocimiento de este.

A la falta de eficacia de este tipo de menciones ya nos hemos referido en el fundamento de derecho séptimo.

DÉCIMO.- Formulación del tercer motivo del recurso de casación

1.- El epígrafe de este motivo es del siguiente tenor: « *Al amparo del art. 477.2.º de la LEC, por infracción del art. 5 del Anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los Mercados de Valores, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello, en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil* ».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la alegación de la sentencia de que el banco debió informar al cliente de la evolución de las variables asociadas a los contratos litigiosos es incorrecta, pidiendo que la Sala declare que los deberes informativos en la comercialización de las permutas de tipos de interés no incluyen la obligación de facilitar una previsión futura de evolución del índice de referencia con el que está relacionado; que el banco no estaba obligado a asesorar pues no había firmado un contrato de asesoramiento con el cliente, debiéndose declarar también que las entidades bancarias no están obligadas a asesorar si no se ha pactado tal asesoramiento; y que la normativa aplicable era la bancaria y no la del mercado de valores, conforme a la resolución conjunta del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de abril de 2010.

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. Información a suministrar al cliente al que se ofrece la concertación de un contrato de **swap**

1.- El argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la falta de información al cliente sobre la previsión de evolución de los tipos de interés es un argumento de refuerzo respecto de los que constituyen la parte fundamental de la sentencia recurrida, que consisten en que se ofreció un producto inadecuado para el perfil del cliente y no se informó a este adecuadamente sobre la naturaleza del mismo, sobre el desequilibrio entre la posición del banco (en cuyo favor se establecían determinados límites a la posibilidad de pérdidas causadas por la subida del tipo de interés de referencia, y la posición del cliente, que no gozaba de esos límites a la posibilidad de pérdidas por la bajada del referido tipo de interés), ni sobre los riesgos inherentes al negocio concertado.

Por tanto, aunque el argumento que hace referencia a la falta de información sobre la evolución prevista de los tipos de interés fuera incorrecto, esta circunstancia carecería de trascendencia porque subsistiría la argumentación fundamental en que se basan los pronunciamientos combatidos en el recurso de casación.

2.- Banco Santander solicita expresamente que la Sala se pronuncie sobre varias cuestiones relativas a los deberes de información de las empresas de inversión, en este caso un banco, cuando conciertan contratos de **swap** con sus clientes.

El primer pronunciamiento solicitado por la recurrente es que los deberes informativos en la comercialización de las permutas de tipos de interés no incluyen la obligación de facilitar una previsión futura de evolución del índice de referencia con el que está relacionado.

Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio , y 110/2015, de 26 de febrero , lo relevante no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado 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 no ha sido cumplido en este caso. Hemos añadido en la sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre , que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

3.- Ahora bien, junto con lo anterior, debe precisarse que como consecuencia del deber de información imparcial que la normativa sectorial (también la anterior a la trasposición de la Directiva MiFID) impone a las empresas de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un **swap** debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor.

En primer lugar, debe 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, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de **swap** de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado 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 cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés 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. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del **swap**, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

Asimismo, en casos como el que es objeto del recurso, en el que ha quedado sentado en la instancia el desequilibrio en la posición económica de las partes, dadas las limitaciones previstas para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube, limitaciones que no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja, la empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, de la existencia de dicho desequilibrio y de sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional y de la envergadura de la sociedad que contrató el **swap**.

Estas informaciones no fueron facilitadas a Elder, con lo cual esta no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el **swap**.

4.- Se pide también a la Sala que declare que las entidades bancarias no están obligadas a asesorar si no han firmado un contrato de asesoramiento con el cliente.

La pretensión de Banco Santander no puede ser estimada. Para que exista asesoramiento por parte de la empresa de inversión a su cliente (y por tanto tal asesoramiento haya de prestarse cumpliendo las exigencias de la normativa general y sectorial) no es requisito imprescindible la existencia de un contrato de asesoramiento "ad hoc" de los previstos en el art. 63.g) de la actual redacción de la Ley del Mercado de Valores (en la vigente en el momento de la inversión, se refería al servicio de asesoramiento el art. 63.f). Basta con que la iniciativa de la contratación del producto o del servicio parta de la empresa de inversión, que sea esta la que ofrezca el producto o servicio a su cliente recomendándole su contratación. Tal conducta tiene la naturaleza de asesoramiento y debe cumplir los requisitos que establece la normativa de servicios financieros y de inversión.

5.- La última pretensión de Banco Santander es que se declare que la normativa aplicable a la contratación de los swaps es la bancaria y no la del mercado de valores, conforme a la resolución conjunta del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de abril de 2010.

Tal pretensión tampoco puede ser estimada. Esta Sala ha considerado que el contrato de **swap** es un producto financiero, complejo y de riesgo, que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores (sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 110/2015 de 26 de febrero), doctrina que procede confirmar.

DUODÉCIMO .- Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de los 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 de Santander, S.A." contra la sentencia núm. 639/2011 de fecha veintidós de diciembre de mil once, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, en el recurso de apelación núm. 516/2011 .

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.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , 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.