

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La [REDACTADA] interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción declarativa de nulidad de contratos de permuta financiera por vicio del consentimiento por causa de error en el objeto contra la mercantil Banco Español de Crédito S.A. (BANESTO) en la actualidad perteneciente al Grupo Santander en la que solicitaba:

«... dictar sentencia por la que, estimando la demanda, se declare la nulidad de los contratos de permuta financiera celebrados con la demandada referidos anteriormente, con la obligación de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia de los contratos y se condena al Banco Español de Crédito a reintegrar a mi mandante la cantidad de OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (839.459,55 euros) que corresponde a la diferencia entre las liquidaciones positivas y las liquidaciones negativas o cargos generados en virtud de los referidos contratos, más los intereses legales, y con expresa condena al pago de todas las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 25 de octubre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena y fue registrada con el n.º 562/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco de Santander S.A., anteriormente Banco Español de Crédito S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena dictó sentencia n.º 71/14 de fecha 31 de julio, con el siguiente fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la [REDACTADA] contra Banesto S.A. (hoy perteneciente al Grupo Santander):

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.º M.º Ángeles Parra Lucán.



»a) Debo declarar y declaro la nulidad de los contratos sobre operaciones financieras o swap de fecha 14/11/2006 y 20/09/2007, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cantidades satisfechas y, en consecuencia:

»b) Debo condenar y condeno a Banesto S.A. a reintegrar a la parte actora la cantidad de OCHOcientos TREINTA Y NUEVE MIL CUATROcientos CINCUENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (839.459,55 euros) que corresponde a la diferencia entre las liquidaciones positivas y las liquidaciones negativas o cargos generados en virtud de los referidos contratos.

»c) Debo condenar y condeno a Banesto S.A. a abonar a la parte actora el interés legal de la expresada cantidad desde el 25-10-2013.

»d) Debo condenar y condeno a Banesto S.A. al pago de las costas de esta instancia».

#### SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el n.º de rollo 639/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 12 de marzo de 2015, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander S.A., representada por la procuradora señora Martínez López, contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena, con fecha 31 de julio de 2014, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia».

3.- El banco de Santander a través de su representación procesal solicitó el complemento de dicha sentencia. Mediante auto de fecha 28 de abril, la Audiencia Provincial accordó no haber lugar a dicha solicitud de complemento.

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

1.- El 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 artículo 469.1.2.º de la LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 2/7 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo.

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 316, 319, 326, 348 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionabilidad constitucionalmente exigible».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y en la jurisprudencia que los desarrolla, sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7894), 22 de mayo de 2006 (RJ 2006/3280), 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012/21052), 29 de octubre de 2013 (RJ 2013/8053) y 17 de febrero de 2014 (RJ 2014/1862), 7 de julio de 2014, 8 de julio de 2014, y 12 de enero de 2015, que establecen los requisitos generales para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento, las seis últimas en relación a contratos de permuto financiero, sentencias de 12 de febrero de 1979 (RJ 1979/439) y de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998/408), que declaran el carácter excepcional en la apreciación de los vicios del consentimiento. Sentencias de 25 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9302) y de 21 de abril de 2004 (RJ 2004/3013), que establecen la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.2.º de la LEC, por infracción de los artículos 78 y siguientes de la Ley del mercado de valores y del artículo 5.3 del anexo al RD 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y la jurisprudencia que los desarrolla. Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, 8 de julio de 2014, 15 de diciembre de 2014 y de 12 de enero de 2015, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos por B. Santander los deberes de información contenidos en tales preceptos. Todo ello, en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil.

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.2.º de la LEC, por infracción de los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no declara subsanado el supuesto error padecido por la comunidad en virtud de la doctrina de los actos propios, sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2002 (RJ 2002/2302) y de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010/297)».



2.- 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 18 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal del Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de marzo de 2015 por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 639/2014, demandante del juicio ordinario n.º 562/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 13 de diciembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error vicio del consentimiento, de dos contratos swaps de tipos de interés celebrados con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- La [REDACTADO] (en adelante [REDACTADO]) suscribió en el año 2003 un contrato de préstamo con la Caja de Ahorros del Mediterráneo por un importe de 6.461.522,00 euros y vencimiento en el año 2031. El mismo año, y por un importe de 7.913.835,00 euros, [REDACTADO]

[REDACTADO] suscribió otro contrato de préstamo con la Caja General de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa). El 25 de julio de 2006, concertó un préstamo con Banco Español de Crédito (Banesto, con posterioridad Banco Santander, actual recurrente) con la finalidad de cancelar el contrato concertado con La Caixa, lo que así hizo. El contrato de préstamo del año 2006 ascendía a 6.420.594,42 euros y vencia en 2031. Todos los contratos de préstamo eran a interés variable y tenían la finalidad de financiar la construcción y modernización de los regadíos de la Comunidad.

2.- Tras la firma del contrato de préstamo de 25 de julio de 2006, [REDACTADO] y Banesto suscribieron dos contratos de permuta financiera de tipos de interés: el primero, el 14 de noviembre de 2006, por un importe nominal de 6.000.000 euros y un plazo de cinco años (en el documento se hace constar como fecha de contrato el 14 de noviembre de 2006, fecha de la operación el 25 de octubre de 2006, fecha de inicio el 27 de octubre de 2006 y fecha de vencimiento el 27 de octubre de 2011); el segundo, celebrado el 20 de septiembre de 2007, por un importe de 4.000.000 euros y un plazo de cuatro años (fecha del contrato y fecha de la operación, 20 de septiembre de 2007, y fecha de vencimiento el 27 de septiembre de 2011).

3.- En ejecución de dichos contratos, a partir de enero de 2009 se empezaron a girar liquidaciones negativas. Hasta entonces ambos contratos habían dado lugar a liquidaciones positivas a favor de [REDACTADO] por un importe total de 79.446,18 euros. El importe total de las liquidaciones negativas ascendió a 918.905,72 euros.

4.- El 25 de octubre de 2013 [REDACTADO] demandó a Banesto solicitando la nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés de fechas 14 de noviembre de 2006 y de 20 de septiembre de 2007. Alegó, en esencia, error al prestar el consentimiento como consecuencia de la falta de información proporcionada por la entidad demandada e inexactitudes en la documentación precontractual y solicitó también la condena al pago de la diferencia entre las liquidaciones positivas y negativas generadas por los referidos contratos (839.459,55 euros), más intereses legales y condena en costas.



5.- El Juzgado estimó la demanda, declaró la nulidad de los dos contratos y condenó a la demandada a restituir la diferencia entre las liquidaciones positivas y negativas generadas en virtud de ambos contratos.

El Juzgado desestimó la excepción de caducidad opuesta por la demandada en su contestación a la demanda y, entrando en el fondo del asunto, consideró: i) que, a pesar de que para el primer contrato la documentación precontractual fue remitida a la demandante con antelación a la firma, la información que proporcionaba era deficiente e inducía a confusión, lo que hizo creer falsamente al cliente que contrataba un seguro frente a la tendencia alcista de los tipos de interés; ii) que para el segundo contrato la información fue menor porque se limitó a un correo en el que no se hacía referencia a la posibilidad de liquidaciones desfavorables; iii) que el cliente solo comprende el error sufrido cuando se producen liquidaciones negativas y conoce el coste de la cancelación, por lo que aceptar liquidaciones positivas no convaleja el contrato; iv) que el carácter especulativo del producto lo hacia incómodo para la demandante, dado el carácter coyuntural de la fase alcista de los tipos de interés; v) que la actuación de la entidad bancaria fue contraria al deber de información que le resulta exigible y que ello provocó error en el cliente de suficiente entidad como para anular el contrato conforme al art. 1266 CC.

6.- La demandada interpuso recurso de apelación, en el que invocó: la infracción del art. 217 LEC sobre el principio de la carga de la prueba; infracción de los arts. 1265 y 1266 CC sobre el vicio error, por entender que en el caso ni concurría el requisito de la esencialidad, ni tampoco el de la excusabilidad; infracción de los arts. 316, 319, 326, 348 y 376 LEC, al haberse producido por parte del juzgador una ilógica y arbitraria apreciación o una completa omisión injustificada del interrogatorio de parte, de parte de la prueba documental de la prueba pericial, así como de parte de la testifical; infracción de la doctrina de los actos propios, dado que los contratos estaban vencidos al tiempo de la interposición de la demanda, y a la doctrina de los actos de confirmación que, según el art. 1313 CC, purifican al contrato de los vicios de los que adoleciese al tiempo de su celebración.

Por su parte, [REDACTED] presentó escrito de oposición al recurso de apelación.

El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial en atención, en síntesis, a los siguientes argumentos: i) la condición de minorista de la demandante, una comunidad integrada por regantes y por ayuntamientos de pequeñas localidades, que para el cumplimiento de sus fines no desempeña funciones de inversión, carece de órganos o personal especializado en los mercados financieros, cuenta con un agricultor como presidente, un secretario cuya profesión no consta y una empleada de administración con la titulación de contable; ii) la exigencia de contar con autorización de la junta de gobierno no permite presumir la cualificación de sus componentes; iii) la falta de prueba de que [REDACTED] hubiera contratado con anterioridad productos financieros complejos; iv) la inidoneidad del producto estructurado con un componente aleatorio para la situación de endeudamiento de la demandante, que se vio empeorada por el riesgo de los productos contratados; v) la complejidad del producto; vi) que la información escrita fue remitida para que se firmara con una gran premura; vii) que la información fue insuficiente, pues inducía a error a quien no tuviera experiencia en estos productos; viii) que los folletos destacaban la función de aseguramiento que se atribuía al producto frente a la evolución de tipos esperada, lo que sugería una tendencia al alza; ix) que en el segundo contrato la información precontractual casi no existió porque en ese momento la evolución del mercado era favorable al cliente.

La Audiencia consideró que, aunque la iniciativa de la contratación había provenido de la demandante en búsqueda de una solución al problema presupuestario que tenía, porque venía experimentando constantes incrementos en sus costes financieros por la subida de los tipos de interés, el banco tenía el deber de informar detallada y objetivamente sobre las ventajas e inconvenientes del producto que ofrecía, incluyendo la presentación de alternativas como la contratación de un seguro de tipos. La Audiencia consideró irrelevante que la demandante aceptara las liquidaciones positivas y pagara las negativas y que esperara al vencimiento de los contratos para ejercitarse la acción, pues lo hizo dentro del plazo del art. 1301 CC y hubo intento de negociación previa al juicio, por lo que no puede apreciarse convalidación de los contratos.



La entidad demandada pidió el complemento de la sentencia de apelación, solicitud que fue denegada por auto de la Audiencia Provincial de 28 de abril de 2015.

7.- La demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El litigio accede a casación por la vía del art. 477.2.º LEC, en razón de ser la cuantía superior a 600.000 euros.

Solicita la estimación de los recursos, la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la desestimación de la demanda.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** El recurso se funda en dos motivos.

1.- *Desestimación del primer motivo.* En el primer motivo, al amparo del art. 468.1.2.º LEC, la parte recurrente denuncia que la sentencia recurrida infringe el art. 217 LEC sobre carga de la prueba por cuanto la actora no acredita el error que dice haber sufrido y traslada a la demandada la carga de probar el hecho negativo de que no hubo error.

Se desestima por las razones que se exponen a continuación.

1.º) No existe infracción de las normas sobre la carga de la prueba. La carga de la prueba 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. De tal manera que solo se infringe el art. 217 LEC 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 (sentencias de esta Sala n.º 244/2013, de 18 de abril, 742/2015, de 18 de diciembre, 385/2015, de 26 de junio, 164/2016, de 16 de marzo, entre otras muchas).

2.º) No es esto lo que ha sucedido en este caso, puesto que la sentencia recurrida no aprecia ausencia de prueba, sino que, antes al contrario, partiendo de los hechos que estima probados, considera que ha quedado acreditado el error vicio del consentimiento que padeció la

demandante al contratar como consecuencia de la deficiente información que proporcionó la demandada.

2.- *Desestimación del motivo segundo.* En el motivo segundo, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, en relación con el art. 24 CE, la recurrente denuncia infracción de los arts. 316, 319, 326, 348 y 376 LEC. Sostiene que la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida es manifestamente arbitraria e ilógica porque ha omitido el resultado de algunas pruebas que acreditarían que el supuesto error padecido por la actora fue inexcusable.

En particular, según la recurrente, la sentencia habría omitido el análisis de unas pólizas de afianzamiento de las posibles liquidaciones negativas de los swaps suscritas por el administrador de la actora: una póliza se suscribió quince días antes de la firma del primero de los contratos litigiosos, con toda la información remitida con carácter previo por la demandada, lo que a juicio de la recurrente acreditaría que la actora estaba decidida a contratar el primero de los swaps; la otra póliza de afianzamiento se suscribió ocho días después del segundo contrato de swap e implicaría un acto de convalidación y confirmación del mismo.

Según la recurrente, la sentencia habría prescindido también de la pericial contradictoria que ella aportó, de la testimonial (interrogatorio de parte y testifical) y documental (unos correos electrónicos con el folleto de presentación y contrato en blanco). De esta prueba resultaría que la actora dispuso de toda la documentación precontractual durante casi tres semanas de antelación a la firma.

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

1.º) De manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4.º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero).



Como recuerda la sentencia 444/2017, de 13 de julio, la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia, sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia. El recurrente no puede atacar la valoración conjunta realizada por el tribunal de instancia mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio.

Lo único que puede justificar la apreciación de este motivo, en relación con la valoración de la prueba que ha determinado la base fáctica sobre la que el tribunal de instancia ha realizado las necesarias valoraciones jurídicas que requiere la resolución del caso, es que haya ocurrido en un error notorio o en arbitrariedad, o también que haya vulnerado una regla fáctica de valoración de la prueba.

En palabras de la sentencia 535/2015, de 15 de octubre:

«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 lógica ni irracional y no vulnera ninguna regla fáctica 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».

2.º) En nuestro caso, ni existe error notorio ni arbitrariedad. Los documentos que contienen lo que la recurrente denomina «pólizas de afianzamiento» no son verdaderamente ninguna fianza, sino una manifestación del compromiso por parte de [REDACTADO] de cumplir los contratos de swaps, por lo que la falta de especial mención en la valoración de tales documentos no refleja ninguna omisión relevante que permita concluir,



contra lo que pretende la recurrente, que hubo error notorio. Tales «pólizas de afianzamiento» se denominan realmente según los documentos aportados «pólizas de operaciones sobre instrumentos financieros derivados» y, a pesar de que en su cláusula quinta establecen la responsabilidad solidaria de los fiadores identificados en el encabezamiento de la póliza, no introducen ningún fiador, puesto que en el encabezamiento solo figuran como partes el cliente [REDACTADO] y el propio banco.

El hecho de que tales pólizas estuvieran intervenidas por notario no cambia lo dicho, pues los documentos públicos solo hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella, pero no impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que pueden derivarse de estas circunstancias (sentencia 80/2013, de 7 de marzo, con cita de otras anteriores).

Tampoco se aprecia error notorio en la valoración de la prueba testifical, del interrogatorio, de la pericial y de la documental aportada, pues corresponde al tribunal de instancia valorar el contenido de las mismas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas. Así, lo hizo la Audiencia en la sentencia recurrida, tras poner de manifiesto las discrepancias entre los intervenientes en el juicio oral y analizar la documental aportada.

Es relevante en el razonamiento de la sentencia recurrida para apreciar el incumplimiento de los deberes de información que incumbían a la demandada la valoración de la insuficiencia de la información, lo que razona a la vista de tanto de las testificales, de los correos intercambiados por las partes, del contenido del folleto informativo y de los mismos contratos de swap.

Tampoco existe error notorio en la valoración del perfil de la demandante como cliente no profesional del mercado de productos financieros y de inversión, para lo que la sentencia recurrida tiene en cuenta las actividades de la Comunidad y de las personas encargadas de su gestión.

#### Recurso de casación.

TERCERO.- El recurso se funda en tres motivos.

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia infracción de los arts. 1265 y 1266 CC por cuanto, se alega, contra la jurisprudencia de la Sala Primera, la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad de los contratos litigiosos por error en el consentimiento a pesar de que no se han acreditado los requisitos para ello.

En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta: que el error debe ser esencial y excusable, en el sentido de no imputable a quien lo padece y sostiene que la sentencia recurrida realiza una interpretación del error contraria a la doctrina de la aplicación restrictiva de los vicios invalidantes y a la presunción de la validez de los contratos; que declara la nulidad sobre la base de una errónea valoración jurídica de los hechos probados; que la demandante conocía el carácter aleatorio de los contratos litigiosos, puesto que sabía que el riesgo de los productos era pagar el tipo fijo; que no hubo incumplimiento de los deberes de información que incumbían a la demandada; que no puede hablarse de falta de experiencia previa de la actora en la contratación de productos financieros complejos, al menos respecto del segundo contrato, porque los dos contratos de permuta financiera coincidieron durante cuatro annualidades y la actora decidió contratar el segundo transcurrido el primer año de vigencia del primero de ellos.

2.- El segundo motivo del recurso de casación se funda en infracción de los arts. 78 y ss. de la Ley del mercado de valores y art. 5.3 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en el mercado de valores, en relación con los arts. 1265 y 1266 CC y la jurisprudencia que los interpreta.

En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta que la sentencia de la Audiencia considera que la demandada ahora recurrente no suministró a tiempo de manera clara, correcta y suficiente la información precisa para que el cliente conociera los efectos de la operación que contrataba y que debió extender el asesoramiento presentándole alternativas, como un seguro de tipos, a pesar de considerar probado que la iniciativa de la contratación partió de la demandante. La recurrente sostiene que en el caso no existía ningún deber de asesoramiento y que la entidad cumplió los deberes de información que le incumbían de acuerdo con la normativa que resultaba de aplicación.

3.- El tercer motivo del recurso de casación se funda en infracción de los arts. 7.1, 1310, 1311 y 1313 CC y de la jurisprudencia que los interpreta, al no considerar subsanado el supuesto error denunciado.

En el desarrollo del motivo la recurrente alega que una correcta valoración de los hechos probados llevaría a la conclusión contraria de la alcanzada por la Audiencia Provincial teniendo en cuenta que se solicita y se declara la nulidad una vez transcurridos siete años desde la suscripción del primer swaps y seis de la suscripción del segundo, tras su vencimiento y tras haber percibido las liquidaciones derivadas del funcionamiento de los mismos. Reitera en apoyo de su tesis, como ya apuntó en el recurso de infracción procesal, que la demandante suscribió una pólizas de afrontamiento ante notario.

En atención a que el planteamiento de los tres motivos guarda una relación lógica, al referirse al alcance de los deberes de información, su incidencia en la adecuada formación del consentimiento y la subsanación del error por el cliente, se examinan conjuntamente.

**CUARTO.-** Esta Sala ya ha dictado un número muy considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión y, en concreto, en la contratación de swaps de tipos de interés por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión.

En casos como el presente en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID (los contratos objeto de este proceso se suscribieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), la citada doctrina ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de

cancelación (entre las más recientes, sentencias 562/2016, de 23 de septiembre, 595/2016, de 5 de octubre, 668/2016 y 669/2016, de 14 de noviembre, 732/2016, de 20 de diciembre, 77/2017, de 12 de enero, y 10/2017, de 13 de enero).

De esta doctrina y en lo que ahora interesa, conviene destacar lo siguiente:

1. Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora.

En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre-MiFID «ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el cliente que pasaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente 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.

»[...]

»Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, 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».

2. Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información, dicha doctrina jurisprudencial viene declarando:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

En el caso de los swaps, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo.

La citada sentencia 10/2017, de 13 de enero, declara al respecto:

«[l]a entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que 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.

»A su vez, 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 estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.

La misma sentencia 10/2017 declara sobre este punto:

«No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- 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».

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.

Así, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, razona:

«Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia n.º 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender cumplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias n.º 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

»[...]

»Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo... [n]o se trata de que el Banco de 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 y de los elevados costes de la cancelación anticipada».

En particular respecto del mismo banco aquí demandado-recurrido, considera que «no se trata de que el Banco de 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 y de los elevados costes de la cancelación anticipada», y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero.

La sentencia 2/2017, de 10 de enero, reiteró al respecto que:

«En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañososa de estos extremos».

En la misma línea, la sentencia 595/2016, de 5 de octubre, ya había puntualizado que «las menciones predispuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el



profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisueltas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento».

En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable, no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta «una mera ilustración sobre lo obvio», es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, incluye advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos

Según recuerda la ya referida sentencia 10/2017:

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos medios conocimientos generales no son suficientes y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del

simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto» (sentencia 594/2016, de 5 de octubre).

3. En la doctrina más reciente el error contractual no se conválida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril dice: «Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados; lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convallar el consentimiento erróneamente prestado».

Con anterioridad, la sentencia 503/2016, de 19 julio, declaró:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.

»Como decíamos en dicha sentencia, 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, deben ser necesariamente considerados actos convallantes del negocio genéricamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convallación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.



»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen 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 integral del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos».

En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre, también se dijo que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los arts. 1310, 1311 y 1313 CC.

**QUINTO.-** En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial procede la desestimación del recurso de casación por las siguientes razones:

1.º) Si partimos de los propios hechos probados en la instancia, no cabe concluir que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación respectivamente aplicable.

Con independencia de que [REDACTADO] estuviera interesada en encontrar una solución a su problema presupuestario, la información precontractual suministrada por la recurrente de manera previa y contenida en el folleto informativo, en el modelo normalizado de contrato y en la orden de suscripción no eran absolutamente coincidentes con la incluida en el anexo del contrato y en las propias «pólizas de afianzamiento» a las que de manera insistente se refiere la demandada en su recurso.

El que se proporcionara de manera previa a la celebración del primer contrato el folleto informativo, el modelo normalizado de contrato y la orden de suscripción, no implica que la información fuera suficiente para que el cliente se representara los riesgos del producto que contrataba, dado que en tales documentos se hablaba de cobertura, de garantía de protección, de las funciones de aseguramiento que se atribuían al producto frente a la evolución de los tipos esperada, sin que se pudiera subsanar la deficiencia informativa por la lectura del anexo del propio contrato por quien no es experto en el ámbito financiero. Tampoco en el correo electrónico que se mandó antes de la

celebración del segundo contrato se mencionaban los riesgos de liquidaciones desfavorables para el cliente.

Las denominadas por la recurrente «pólizas de afianzamiento» («pólizas de operaciones sobre instrumentos financieros derivados» según los propios documentos aportados) ni demuestran para el primer contrato la falta de error ni la confirmación del segundo contrato. Tales pólizas, al referirse a la responsabilidad del fiador que figura en el encabezamiento del documento solo añaden confusión a la contratación, pues en el encabezamiento únicamente figuran el propio cliente y el banco.

2.º) La consideración de [REDACTADO] como cliente minorista resulta de no ser un profesional del mercado de productos financieros y de inversión, tal y como razona la sentencia recurrida, atendiendo a las funciones propias de [REDACTADO] a la especialización del presidente (agricultor) y la de la empleada de la administración.

A estos efectos es irrelevante el volumen de endeudamiento de [REDACTADO] pues precisamente los contratos litigiosos se contrataban en la creencia de que se proporcionaba una protección frente a la tendencia alcista de los tipos de interés y en la confianza de reducir los gastos de la financiación.

Tampoco convierte en profesional del mercado de productos financieros ni permite concluir que [REDACTADO] conociera el riesgo de los productos que contrataba el hecho de que hubiera celebrado no uno sino los dos contratos litigiosos. Ello en atención al reducido espacio temporal transcurrido entre la concertación de uno y otro swap y al hecho de que cuando concertó el segundo todavía no se había empezado a concretar el riesgo consistente en la bajada abrupta de los tipos de interés, por lo que ni el cliente había salido del error sobre las características del producto contratado ni, dada la nula información proporcionada para la celebración del segundo contrato, se puede considerar que se le informó de sus riesgos.

3.º) Partiendo del presupuesto de que la acción fue ejercitada por la demandante dentro del plazo legalmente previsto (lo que fue declarado en la instancia y la demandada no recurre) no le es reprochable que cumplieran las obligaciones de pago ni hay actos propios que excluyan el ejercicio de la acción de nulidad. De acuerdo con la doctrina de la sala antes citada, la

**SEXTO.** Dado que la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta sala sobre las normas citadas en el recurso en materia de *suap/suaps* procede desestimar los motivos y el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación.

Conforme al apartado 9 de la disp. adicional 15.<sup>a</sup> LOPJ, procede la pérdida de los depósitos constituidos para interponer los recursos de casación y por infracción procesal.

#### F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.<sup>º</sup>. Desestimar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpusos por Banco de Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 12 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 639/2014, dimanante del juicio ordinario n.º 562/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Villena.

2.<sup>º</sup>. Confirmar la sentencia recurrida.

3.<sup>º</sup>. Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.