

Roj: STS 361/2016 - ECLI:ES:TS:2016:361
Id Cendoj: 28079110012016100040
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2450/2012
Nº de Resolución: 60/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ávila, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Yemas de Santa Teresa S.A., representada por la procuradora Esperanza Azpeitia Calvín.

Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora Ana María Espinosa Troyano.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tramitación en primera instancia

1. El procurador Fernando López del Barrio, en nombre y representación de la entidad Yemas de Santa Teresa S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila, contra la entidad Banco de Santander S.A., para que se dictase sentencia:

«condenatoria contra la entidad financiera Banco de Santander S.A. en los siguientes términos:

Se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y sus anexos conformación de permuta financiera de tipos de interés de fecha 17/03/2005, 18/03/2005, 31/05/2006, 11/10/2006 y 25/04/2007 (documentos nº 5, nº 6, nº 7, nº 10, nº 11 y nº 16), firmados entre las partes, por haber concurrido en la formalización vicios invalidantes en la prestación del consentimiento, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

Y subsidiariamente, de no ser apreciada nulidad por el Tribunal, se den por resueltos los contratos aún en vigor, desde la fecha del requerimiento para ello, el día 26/04/2010, sin coste alguno para mi representado, por no existir formulado, ni previsión concreta que haga previsible coste alguno de cancelación de los productos contratados y aún vigentes en el momento de presentación de la demanda, y que se instrumentaron como condiciones particulares (confirmaciones de permutas de tipos de interés) con sus posteriores renovaciones.».

2. La procuradora Inmaculada Porras Pombo, en representación de la entidad Banco Santander S.A. (antes Santander Central Hispano S.A.), contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«en su día por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.».

3. El Juez de Primera Instancia núm. 2 de Ávila dictó Sentencia con fecha 7 de marzo de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por el procurador Fernando López del Barrio, en nombre y representación de la entidad mercantil Yemas de Santa Teresa S.A., contra la entidad mercantil Banco Santander S.A., debo declarar y declaro que no ha lugar a la misma; y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.».

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Yemas de Santa Teresa S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ávila, mediante Sentencia de 21 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Yemas de Santa Teresa S.A. contra la sentencia de fecha 7 de marzo de 2012 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Ávila , confirmando la misma en todos sus extremos, e imponiendo las costas de esta alzada a la recurrente.»

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

5. El procurador Fernando López del Barrio, en representación de la entidad Yemas de Santa Teresa S.A., interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción del art. 24 CE , al vulnerar los principios de oralidad, inmediación y contradicción.

2º) Infracción de los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LEC .

3º) Infracción del art. 217 LEC .

4º) Infracción del art. 218.1 LEC .».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por interpretación errónea e inaplicación del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y RD 629/93, de 3 de mayo .

2º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 1261 al 1266 CC .».

6. Por diligencia de ordenación de 8 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Yemas de Santa Teresa S.A., representada por la procuradora Esperanza Azpeitia Calvin; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por la procuradora Ana María Espinosa Troyano.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la mercantil Yemas de Santa Teresa, S.A. contra la sentencia dictada, el 21 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 149/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 555/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ávila.».

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Resumen de antecedentes

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

La sociedad Yemas de Santa Teresa, S.A., por medio de su administrador Ángel Jesús , concertó con Banco Santander un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 17 de marzo de 2005.

Al amparo de este CMOF, Yemas de Santa Teresa, S.A. contrató cinco operaciones de permuta de tipos de intereses (Swap bonificado reversible media): la primera, el mismo día 17 de marzo de 2005, por un notional de 103.352 euros; la segunda, al día siguiente, el 18 de marzo de 2005, por un notional de 1.000.000 euros; la tercera, 31 de mayo de 2006, por un notional de 2.000.000 euros; la cuarta, el 11 de octubre de 2006, por un notional de 300.000 euros; y la quinta, el 25 de abril de 2007, por un notional de 3.000.000 euros.

El administrador único de Yemas de Santa Teresa, S.A., Ángel Jesús , era licenciado en Derecho y Económicas, y tenía una dilatada experiencia profesional jurídica. El director administrativo de la empresa, David , era licenciado en empresariales.

En junio de 2006, Yemas de Santa Teresa, S.A. tenía un riesgo financiero de 3.680.000 euros. Ante las liquidaciones negativas, y después de negociaciones verbales, el día 26 de abril de 2010 Yemas de Santa Teresa, S.A. interesó formalmente la cancelación de este último swap, y el banco contestó:

«La Operación no puede cancelarse de forma anticipada a solicitud de una de las partes, debiendo cumplirse hasta el vencimiento con las obligaciones pactadas en dicha Operación. Excepcionalmente, si se llega a un acuerdo expreso entre las partes puede acordarse la cancelación anticipada de la operación. Dicha cancelación anticipada puede conllevar una liquidación negativa o positiva para Vdes., en función del mercado. A tal efecto, pueden dirigirse a esta oficina en donde les informaremos del importe resultante de la cancelación de la operación en ese momento y le indicaremos asimismo la documentación a suscribir».

2. Yemas de Santa Teresa, S.A., después de que vencieran los cuatro primeros swap y estando vigente el quinto, presentó su demanda contra Banco Santander en la que pedía la nulidad de los cinco contratos de swap, por haberse prestado el consentimiento con error vicio y haber mediado también dolo por parte del banco. Además de la declaración de nulidad, la demandante pedía «la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1303 CC ...». En relación con el error vicio, la demandante alegaba que no se le había informado de las características del producto y sobre todo del riesgo derivado de las liquidaciones negativas, sin que el contrato fuera claro al respecto.

Subsidiariamente, la demanda pedía la resolución, desde el día 26 de abril de 2010, del quinto contrato de swap, en vigor entonces, sin coste alguno para la demandante, «por no existir formulado, ni previsión concreta que haga previsible coste alguno de cancelación de los productos contratados y aún vigentes en el momento de la presentación de la demanda».

3. La sentencia de primera instancia, después de constatar que los cuatro primeros contratos de swap habían concluido antes de que se presentara la demanda, se centra en el quinto.

Luego analiza la jurisprudencia sobre el error vicio. Concluye que, a la vista de la preparación profesional y experiencia del administrador de la demandante, Sr. Ángel Jesús , y de la circunstancia de que la sociedad tenía un riesgo financiero muy importante, no podía admitirse que desconociera lo que había contratado y lo que conllevaba. Incluso razona:

«cabe presumir a la vista del precitado dato objetivo -endeudamiento financiero de la compañía- que también fue precisamente esa la específica finalidad perseguida por el demandante a la hora de la concertación de este tipo de contrato, el protegerse de un aumento considerable del endeudamiento ante la posible variabilidad o evolución al alza de los tipos de interés».

Y añade, al respecto:

«la empresa actora sabía que había contratado un instrumento financiero cuya finalidad económica era la antes expuesta, cuestión distinta es que debido a la evolución de la coyuntura económica y en particular del Euribor las expectativas económicas o negociables atribuidas a ese producto por la empresa contratante no se desarrollaran finalmente como esperaba».

El juzgado también rechazó que hubiera concurrido dolo en la contratación de los swap, al no estimar acreditado que hubiera venido impuesta por el banco con la amenaza de que en caso contrario «cortaría el grifo de la financiación».

4. El recurso de apelación interpuesto por la demandante frente a la sentencia de primera instancia fue desestimado por la Audiencia, que confirmó la resolución del juzgado.

Después de mencionar el alcance de los deberes de información bajo la normativa pre MiFID, la sentencia de apelación expone la incidencia que a su juicio puede tener esta exigencia de información respecto del error vicio:

«(P)ara que el error -nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y (...) ha de ser esencial y excusable (...); el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (...), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el supuesto, incluso las personales, (...); y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (...). Por último es resaltable que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo, pues tal vicio ha de ser apreciado con extraordinaria cautela y con carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica, y necesidad de fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado (SSTS de 30 de junio de 1988 y 4 de diciembre de 1990)».

A la vista de lo anterior y de la prueba practicada, respecto de la cual acepta la valoración realizada por el juzgado de primera instancia, la Audiencia concluye:

«(E)l recurso ha de ser íntegramente desestimado precisamente por encontrarse ambas partes en situación de igualdad en relación a los conocimientos económicos respecto a las operaciones bancarias, matemáticas y contables. La demandante no ha sido un particular que firma un simple contrato de adhesión y prueba de ello es el volumen de negocio desarrollado a lo largo del tiempo, con préstamos superiores a los tres millones de euros y con ingresos anuales superiores a los 5 millones de euros, admitiéndose que el negocio tiene su origen en el siglo XIX y hasta la actualidad, por lo que tiene tanta antigüedad o más que el Banco, el primero en la compraventa de productos y en los créditos financieros para el negocio y el Banco en lo relativo a entrega de cantidades a cambio de precio».

La sentencia de apelación también rechaza la petición subsidiaria de que se declarara resuelto el quinto swap, a fecha 26 de abril de 2011 , sin coste alguno para la demandante:

«Como ha quedado probado, la cláusula 14ª preveía para este tipo de supuestos que en caso de vencimiento anticipado del contrato, la cantidad a pagar se determinará aplicando el valor de mercado. Por ello, sí se han previsto las consecuencias en el supuesto de vencimiento anticipado».

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que se articula en dos motivos y que afecta únicamente a la pretensión de nulidad por error vicio en el consentimiento.

Segundo. Recurso extraordinario por infracción procesal

6. *Formulación de los motivos primero y segundo* . El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , y denuncia que la Audiencia ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (CE), al infringir los principios de oralidad, inmediatez y contradicción, pues «realiza una nueva valoración (sin apreciar ni pronunciarse, sin embargo, sobre los errores en la valoración hecha por la instancia, denunciados [...] en el recurso de apelación) de la prueba y lo hace sin referirse a las pruebas testificales practicadas».

El *motivo segundo* se formula también al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , en relación con el art. 24 CE y los arts. 316 , 326 , 348 y 376 LEC , y la jurisprudencia que los interpreta, respecto de la práctica de la prueba y de su consiguiente valoración, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica.

En el desarrollo del motivo especifica que «la sentencia recurrida analiza, de forma muy genérica, las circunstancias del caso y concluye: el representante de Yemas de Santa Teresa, S.A. tenía conocimientos

financieros por el hecho de ser una empresa con muchos años de antigüedad; que el producto debatido estabiliza los costes financieros de la empresa; y que la cláusula de cancelación resulta clara y precisa».

Procede desestimar los dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación de los motivos primero y segundo. Abordamos conjuntamente ambos motivos porque cuestionan la valoración de la prueba realizada por la Audiencia en relación con la incidencia que los conocimientos financieros del administrador de la demandante tuvieron en la apreciación de error vicio y la falta de asimetría informativa en este caso, así como la finalidad perseguida con la contratación de los swap y si la cláusula de vencimiento resultaba clara y precisa.

La Audiencia, al revisar la sentencia apelada, puede volver a valorar la prueba practicada en primera instancia, sin necesidad de volver a practicar la prueba. En esta labor, como ya advertimos en la sentencia 588/2015, de 10 de noviembre, puede valorar la prueba practicada en un sentido contrario a como lo hizo el juez de primera instancia, sin vulnerar los principios de oralidad, intermediación y contradicción, «pues de otro modo se limitaría la facultad del tribunal de apelación de contradecir la prueba practicada por el juez de primera instancia, simplemente por no haber practicado directamente las pruebas. La Audiencia, como tribunal de instancia, dentro del margen marcado por lo que es impugnado en el recurso de apelación, puede volver a valorar la prueba practicada en primera instancia, sin necesidad de practicar nuevamente las pruebas. Esto es, puede valorar la documental y la prueba practicada en el acto del juicio, mediante la visualización y audición de la grabación, sin que con ello se vulneren los reseñados principios de oralidad, intermediación y contradicción».

Y también puede el tribunal de apelación, que es lo que ocurre en el presente caso, asumir la valoración de la prueba contenida en la sentencia de primera instancia, sin que sea preciso, aunque sí conveniente, volver a revisar cada una de las pruebas. Al asumir los hechos acreditados por la sentencia de primera instancia, lo que se puede hacer mediante una declaración explícita o de hecho, de forma concluyente, como es el caso, el tribunal de apelación no conculca los principios de oralidad e intermediación, como denuncia el primer motivo del recurso extraordinario de infracción procesal.

Cuestión distinta es que no esté de acuerdo con la valoración realizada que, además, como veremos, es esencialmente jurídica, y que no haya encontrado en la sentencia de apelación una respuesta concreta a las denuncias que en el recurso de apelación se hacían a concretas valoraciones de la prueba. Como ya advertimos en la citada sentencia 588/2015, de 10 de noviembre: «tampoco puede fundarse la vulneración de estos principios -oralidad, intermediación y contradicción- en que no se está de acuerdo con la valoración realizada por la Audiencia, lo que presupone una revisión de dicha valoración». En concreto, el recurso muestra su disconformidad con el valor otorgado por la Audiencia al interrogatorio de los empleados del banco.

Conviene recordar, como hemos hecho en innumerables ocasiones, y recientemente en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, que: «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».

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero).

Pero, como también recordábamos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre, «(l)a 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». Esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que, además, las valoraciones objeto de impugnación tienen un marcado carácter jurídico. La incidencia de los conocimientos financieros del administrador de la demandada, licenciado en Derecho y Económicas, sobre la falta de asimetría informativa y la ausencia de error vicio, es una cuestión de valoración jurídica, que debe ser objeto de revisión en casación, en su caso. Lo mismo cabe

decir respecto de la conclusión sobre la claridad y precisión de la cláusula de resolución anticipada, en relación con la determinación del coste de cancelación.

8. Formulación del motivo tercero. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, «en cuanto que la sentencia recurrida infringe el art. 217 LEC y a la jurisprudencia que lo desarrolla».

En el desarrollo del motivo se aclara que «la sentencia recurrida vulnera el principio de la carga de la prueba en tanto en cuanto no contempla la carga que recae sobre la demandada. Obligación que en modo alguno ha sido cumplida por la actora que no ha aportado prueba alguna de la que se desprenda que facilitó la información debida, más allá de meras manifestaciones de parte contradictorias».

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

9. Desestimación del motivo tercero. El recurrente incurre en el mismo defecto que muchos otros recursos cuando denuncian la infracción de las reglas legales de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC. Y el tribunal de instancia no ha hecho uso de estas reglas. Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (sentencia 333/2012, de 18 de mayo).

En realidad, lo que el recurso impugna es que la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el alcance del deber de información que tanto la normativa pre MiFID como la MiFID imponen a las empresas que prestan servicios de inversión, en caso de productos complejos como el presente. Sobre todo en relación con los concretos riesgos derivados de las liquidaciones negativas en caso de bajada drástica de los tipos de interés y los costes de la cancelación anticipada. Pero esto es una cuestión que afecta a la valoración jurídica, y que, en su caso, debe ser impugnado y revisado mediante el recurso de casación.

10. Formulación del motivo cuarto. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, «en cuanto que la sentencia recurrida infringe el art. 218.1 LEC por falta de congruencia y la jurisprudencia que lo desarrolla».

En el desarrollo del motivo se denuncia que la sentencia recurrida omite cualquier pronunciamiento expreso o implícito sobre: si el banco cumplió con la diligencia debida; respecto de la presentación del producto como cobertura y respecto del servicio de asesoramiento ofrecido; la existencia de cláusulas de adhesión consideradas por el recurrente contrarias al principio de la buena fe; y si el banco cumplió el deber de información o no.

Y después, sin que guarde relación con la formulación del motivo, en el desarrollo del motivo se aduce que falta motivación en relación con la cláusula de cancelación, que se había denunciado en el recurso que era oscura y no mencionaba la fórmula de cálculo.

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

11. Desestimación del motivo cuarto. En primer lugar, esta Sala no puede salvar defectos de planteamiento de los recursos cuando afectan a algo tan esencial como es la especificación de lo que es objeto de cada motivo. En su encabezamiento, el motivo se formula haciendo únicamente referencia a la falta de congruencia, razón por la cual no cabe que examinemos posibles defectos de motivación, por mucho que se contenga alguna referencia al respecto en el desarrollo del motivo.

En relación con la incongruencia omisiva denunciada, conviene advertir que la sentencia recurrida es absolutoria y por lo tanto desestimatoria de todas las pretensiones ejercitadas en la demanda.

Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (sentencias 173/2013, de 6 de marzo, 31/2014, de 12 de febrero, y 467/2015, de 21 de julio).

En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que «las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador» (sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última sentencia, «la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore

injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado». Al no hallarnos en ninguno de estos supuestos, debe rechazarse el motivo, pues no ha podido existir incongruencia omisiva en la sentencia desestimatoria de las pretensiones del demandante.

Tercero. Recurso de casación

12. Formulación de los motivos primero y segundo . El *motivo primero* denuncia la infracción, por interpretación errónea y consiguiente inaplicación, de la normativa del Mercado de Valores, en concreto, del art. 79 LMV y del RD 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

En el desarrollo del motivo se alega que, siendo los productos financieros contratados complejos, existía un deber legal de información suficiente sobre las características del producto y sus riesgos, y no consta que esta información fuera suministrada por el banco. Por ello no se cumplió con la normativa citada.

El *motivo segundo* se basa en que la sentencia recurrida incurre en «error en la interpretación e indebida aplicación de los artículos 1261 a 1266 del Código Civil , sobre el error en el consentimiento».

En el desarrollo del motivo se concluye que «la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características del producto suscrito por la demandante así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas, al punto de concretarse en los términos que se han dejado expuestos, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia del negocio contratado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento».

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

13. Estimación de los motivos primero y segundo de casación . Alcance de los deberes legales de información . Los cinco contratos de swap que fueron objeto de la acción de nulidad por error vicio son anteriores a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso al derecho interno la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), mediante, en lo que ahora interesa, la introducción del art. 79 bis en la Ley del Mercado de Valores , que especifica los deberes de información.

Como ya hemos advertido en numerosas sentencias (entre ellas, sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , y 547/2015, de 20 de octubre), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

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

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, 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, 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» .

Como hemos recordado en otras ocasiones en supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos: «dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

El tribunal de instancia no deja constancia de que el banco hubiera informado de forma completa y detallada al administrador de la demandante de los concretos riesgos que conllevaba la contratación de los swap que le comercializó. Y no lo constata porque entiende, como también hizo juzgado de primera instancia, que debido a la preparación profesional de dicho administrador no existía la asimetría informativa que justificara la necesidad de informar al cliente de los riesgos y la complejidad del producto. Por esta razón rechaza la pretensión de nulidad derivada de la falta de información

«por encontrarse ambas partes en situación de igualdad en relación a los conocimientos económicos respecto a las operaciones bancarias, matemáticas y contables».

En este sentido, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida, para restar importancia a la denuncia de falta de información, tratándose de un producto complejo, se argumenta:

«La complejidad queda desleída cuando ha quedado demostrada la existencia de conocimientos bancarios y económicos por la recurrente.

»Se alude continuamente a la falta de información del Banco, cuando el cliente está continuamente efectuando operaciones diarias, y cuando se han renovado las permutas en muchas ocasiones, lo que demuestra que el cliente estaba conforme con el producto».

Estas valoraciones contradicen la doctrina expuesta sobre los deberes de información, pues la preparación profesional del Sr. Ángel Jesús (licenciado en Derecho y Económicas, y haber trabajado en un despacho de abogados con asuntos internacionales), y el riesgo financiero de la sociedad (3.680.000 euros), no justifican que el administrador y la sociedad fueran inversores profesionales, según la clasificación que introdujo la reforma operada por la Ley 47/2007 y que analógicamente nos sirve para deslindar cuando existía deber de informar y cuando no. Conforme al actual art. 78 bis LMV, inversores profesionales son « *aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos* ».

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 que tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros 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.

14. Jurisprudencia sobre el error vicio. Antes de analizar la incidencia del incumplimiento de los deberes de información sobre el error vicio, conviene traer a colación la jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

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

15. El deber de información y el error vicio. Como ya explicamos en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y hemos reiterado en numerosas ocasiones con posterioridad (por ejemplo, en la sentencia 559/2015, de 27 de octubre), aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, «la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error».

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap, en particular, el coste real que podría suponer la bajada de los tipos de interés.

Como tuvimos ocasión de explicar en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en la que se aplicaba la normativa MiFID, y reiteramos en la sentencia 458/2014, de 8 de septiembre , en la que se aplicaba la normativa pre MiFID: «(o)rdinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto».

Estos deberes legales de información «responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law -PECL-* cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "*Good faith and Fair dealing*" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar» (sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 458/2014, de 8 de septiembre).

16. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «*orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos*», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

En el presente caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Y, también en este caso, fue al recibir liquidaciones negativas, tras la bajada drástica de los intereses en 2009, cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado.

Es jurisprudencia constante de esta Sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés). Sin que, por otra parte, este deber de información pueda entenderse suplido, en este caso, por la información suministrada en los contratos de swap. Ya hemos recordado en otras ocasiones que «(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

La presunción de error vicio, que admite una justificación en contrario, no ha quedado desvirtuada por la reseñada preparación profesional del administrador, que no es suficiente para entender que fuera consciente de los riesgos que asumía con la contratación del swap, y que se actualizaron en el año 2009, con la bajada de los tipos de interés. Y la contratación sucesiva de los swap cuya nulidad se solicita tampoco pone en evidencia que el cliente fuera un experto en este producto, en cuanto que todavía no se había actualizado el grave riesgo insito al producto complejo que se contrataba, y que se desconocía.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado,

esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

17. Consecuencias de la estimación del recurso de casación. Estimados los dos motivos del recurso de casación, dejamos sin efecto la sentencia recurrida. En su lugar acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, que dejamos sin efecto, y en su lugar estimamos la demanda formulada por Yemas de Santa Teresa, S.A. contra Banco Santander, con lo siguientes pronunciamientos.

Primero, declaramos la nulidad del contrato marco de operaciones financieras (CMOF) concertado por Yemas de Santa Teresa, S.A. con Banco Santander, S.A., el 17 de marzo de 2005, y las cinco confirmaciones de permuta de tipos de intereses (Swap bonificado reversible media) concertadas al amparo de aquel CMOF: la primera, el mismo día 17 de marzo de 2005; la segunda, al día siguiente, el 18 de marzo de 2005; la tercera, 31 de mayo de 2006; la cuarta, el 11 de octubre de 2006; y la quinta, el 25 de abril de 2007.

Segundo, acordamos la restitución recíproca de las prestaciones percibidas por una y otra parte, derivadas de aquellos contratos declarados nulos, con sus intereses, devengados desde el momento en que percibieron aquellas prestaciones.

Cuarto. Costas

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

Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).

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

Aunque a la postre se ha estimado la demanda, no imponemos las costas en atención a las dudas que suscitaba la materia en el momento en que se planteó la controversia en primera instancia (art. 394 LEC).

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

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Yemas de Santa Teresa, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila (sección 1ª) de 21 de junio de 2012 (rollo núm. 149/2012), que conoció de la apelación interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila de 7 de marzo de 2012 (juicio ordinario 555/2010), con imposición de las costas generadas por el recurso a la parte recurrente.

2º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Yemas de Santa Teresa, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila (sección 1ª) de 21 de junio de 2012 (rollo núm. 149/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas.

3º Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Yemas de Santa Teresa, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila de 7 de marzo de 2012 (juicio ordinario 555/2010), sin hacer expresa condena en costas.

4º Estimar la demanda formulada por la representación de Yemas de Santa Teresa, S.A. contra Banco Santander, S.A., en el siguiente sentido: primero, declaramos la nulidad del contrato marco de operaciones financieras (CMOF) concertado por Yemas de Santa Teresa, S.A. con Banco Santander, S.A., el 17 de marzo de 2005 y las cinco confirmaciones de permuta de tipos de intereses (Swap bonificado reversible media) concertadas al amparo de aquel CMOF: la primera, el mismo día 17 de marzo de 2005; la segunda, al día siguiente, el 18 de marzo de 2005; la tercera, 31 de mayo de 2006; la cuarta, el 11 de octubre de 2006; y la quinta, el 25 de abril de 2007; segundo, acordamos la restitución recíproca de las prestaciones percibidas por una y otra parte, derivadas de aquellos contratos declarados nulos, con sus intereses, devengados desde el momento en que percibieron aquellas prestaciones. No imponemos las costas a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier



Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ