



Roj: STS 4271/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4271
Id Cendoj: 28079110012015100550
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1910/2012
Nº de Resolución: 563/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 563/2015

Fecha Sentencia : 15/10/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 1910/2012

Fallo/Acuerto: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 30/09/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Escrito por : MAJ

Nota:

Contrato de Permuta Financiera. Obligaciones de información de la Entidad Financiera al cliente minorista. Normativa MIFID. Error del consentimiento. Nulidad del contrato.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 1910/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres

Votación y Fallo: 30/09/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 563/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuesto por la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A , representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2012 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación núm. 734/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm.883/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, sobre acción de nulidad de contratos financieros. Ha sido parte recurrida F.D.A. NAVISTAR, S.L, representada ante esta Sala por la procuradora D^a Fabiola Jezzabel Simón Bullido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora D^a Renata Martín Vedder, en nombre y representación de la mercantil "F.D.A NAVISTAR, SL", interpuso demanda de juicio ordinario contra "BANCO DE SANTANDER S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «1)Que declare la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 21 de febrero de 2008 (doc. nº 19), del contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés (SWAP Flotante Bonificado)(doc nº 7) de fecha 14 de marzo de 2008 y del contrato de Confirmación del SWAP ligado a inflación de fecha 3 de octubre de 2008 (doc nº 10) por manifiesto vicio en el consentimiento, con obligación de las partes contratante de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a su representada el importe de las liquidaciones que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más los intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de mi mandante como consecuencia de los contratos suscritos , sin perjuicio de la obligación de mi representada de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

2) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad de que la nulidad solicitada no fuese estimada, se DECLARE la resolución del Contrato Marco de Operaciones Financieras de fecha 21 de febrero de 2008, del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de Interés (SWAP Flotante Bonificado) de fecha 14 de marzo de 2008 y del Contrato de Confirmación del SWAP ligado a inflación de fecha 3 de octubre de 2008, con efectos de carácter retroactivo, por la imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual -en términos del Tribunal Supremo- de manera que las partes deberán recíprocamente devolverse lo que hubieran percibido en virtud de dichos contratos, como si los contratos no se hubiesen celebrado, de modo que no quede en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a devolver a su representada el importe de las liquidaciones que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más los intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de su mandante como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de su representada de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

3) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la resolución de los contratos no fuese estimada, se DECLARE la cancelación anticipada de los contratos con efectos desde el 11 de noviembre de 2009 respecto del Contrato Marco de Operaciones Financieras y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de Interés -fecha del primer requerimiento fehaciente- y con efectos desde el 26 de enero de 2010 respecto del Contrato de Confirmación del SWAP ligado a inflación -fecha del requerimiento notarial- o en todo caso desde la fecha de interposición de la demanda, teniéndose por no puesto el pacto de cancelación a precios de mercado según lo expuesto en el hecho décimo de la demanda y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, sin cobro de cantidad alguna en virtud de dicha cancelación anticipada, reintegrándose a su mandante todas las liquidaciones, intereses, comisiones y gastos que se hayan ido practicando en su cuenta corriente a partir de la fecha de la cancelación anticipada y durante la tramitación del procedimiento, así como al pago de las costas procesales.

4) Subsidiariamente al punto 3), se declare : la nulidad y/o no incorporación a los contratos de las cláusulas que a continuación se exponen, tanto por ser abusivas, como por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles en virtud de lo dispuesto en los artículos 7 , 8 , 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación ; y para el caso de que el Juzgador determinase que aún así el contrato puede subsistir sin tales cláusulas, solicita se integre el contrato y modulen sus efectos, a fin de equilibrar las prestaciones de una parte y las correspondientes contraprestaciones de la otra, de manera que

su mandante solo deba abonar a la demandada las mismas liquidaciones que , en su momento el Banco le abonó, y si en ese caso tampoco pudiera alcanzarse una situación equitativa que no pueda ser subsanada, se declare la ineficacia de los contratos.

Las cláusulas mencionadas son:

1.- Del Contrato Marco de Operaciones Financieras.

1.1 Cláusula decimocuarta en su integridad, por ser ilegible, ambigua oscura e incomprensible.

1.2 Cláusula decimosexta, apartado sexto, por vulnerar la normativa imperativa sobre el deber de información.

1.3 Anexo II rubricado "Definiciones para la interpretación de las confirmaciones documentadas al amparo del Contrato Marco de Operaciones Financieras" por su falta de transparencia, claridad y sencillez.

2.- De la Confirmación de Permuta Financiera de tipos de Interés

(SWAP flotante bonificado)

2.1 Los apartados A y B (Importes Variables a pagar por Santander, Importes Fijos a pagar por el cliente), por abusivos y por ser ilegibles, oscuros e incomprensibles.

2.2 Las cláusulas adicionales del contrato, concretamente la relativa al "Conocimiento de los riesgos de la Operación", al ser su contenido incierto por cuanto la demandada no cumplió con su obligación previa de informar sobre los riesgos del producto, sin perjuicio de que contraviene lo dispuesto en los artículos 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores .

2.3 El Anexo a dicho contrato, titulado "Funcionamiento SWAP Flotante Bonificado" sobre los escenarios de liquidación, por ser abusivos, ilegibles e incomprensibles, incluido el apartado "Consideraciones", al adolecer el mismo de claridad y no reflejar la fórmula o criterios para la liquidación.

3.- De la Confirmación de SWAP ligado a inflación.

3.1 Los apartados A y B (Importes Variables a pagar por Santander, Importes Fijos a pagar por el cliente), por abusivos y por ser ilegibles, oscuros e incomprensibles.

3.2 Las cláusulas adicionales a) a la f), por ser ilegibles e incomprensibles.

3.3 El Anexo a dicho contrato, titulado "Funcionamiento producto SWAP ligado a la inflación", incluido el apartado relativo a la cancelación anticipada del producto, por abusivos y por ser ilegibles e incomprensibles.

Condenándose a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 4 de junio de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, fue registrada con el núm. 883/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D^a Luisa María Navarro González de Rivera, en representación de BANCO DE SANTANDER, S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba « La desestimación de la demanda de contrario con expresa condena a la parte actora al pago de las costas del procedimiento".

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 16 de mayo de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Se estima la demanda formulada por la representación procesal de F.D.A NAVISTAR, SL frente a BANCO SANTANDER, S.A.

2º) Se declara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, firmado por los litigantes el día 21 de febrero de 2008, de la swap ligado a inflación que tiene como fecha de operación el 3 de octubre de 2008.

3º) Se condena a la entidad demanda a abonar a la actora la suma de 42.645,91 -CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON NOVENTA Y UNO- euros, más el interés legal de dicha suma.

4º) Se condena a la demandada a abonar las cantidades que hubiera percibido durante la tramitación del procedimiento como consecuencia de las liquidaciones previstas en los contratos que se declaran nulos,

deducidas las cantidades que, por el mismo concepto, hubiera percibido la actora, así como el importe de las comisiones e intereses que haya percibido como consecuencia de los referidos contratos

5º Las costas procesales se imponen a la parte demandada.».

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

La resolución de este recurso correspondió a la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 734/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLO: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad Banco de Santander S.A., se confirma la sentencia dictada en primera instancia y se condena a la parte apelante a pagar las costas del mismo».

SEXTO.- La procuradora D^a Luisa María Navarro González de Rivera, en representación de BANCO DE SANTANDER, S.A, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"La infracción de los artículos 316 , 326 y 376 de la L.E.C ., en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , respecto de la valoración de la prueba, y sobre la base del artículo 469.1.4º del mismo cuerpo legal »

Los motivos del recurso de casación fueron:

«.Concurrir el presupuesto contemplado en el artículo 477.2.3º de la L.E.C ., presentando la resolución del recurso interés casacional.

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 15 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA.: ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación del Banco de Santander S.A, contra la Sentencia dictada, con fecha 9 de abril de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4^a) en el rollo de apelación

734/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 883/2010 del

Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife».

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

NOVENO.- Por providencia de 8 de septiembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día

30 de septiembre de 2015, en que ha tenido lugar,

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro José Vela Torres** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Desarrollo del litigio.-

1.- La compañía mercantil "FDA Navistar, S.L.", dedicada a la construcción de edificios civiles e industriales, y "Banco de Santander, S.A." celebraron los siguientes contratos: a) Un contrato marco de operaciones financieras, de 21 de febrero de 2008; b) Un contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés, de 14 de marzo de 2008; y c) Un contrato de confirmación de swap ligado a la inflación de fecha 3 de octubre de 2008.

1.1.- El primero de tales contratos, el denominado "CMOF", se suscribió el 21 de febrero de 2008 y en su objeto incluía, entre otros, la celebración de contratos swaps de tipos de interés (IRS), de tipos de intereses variables (Basics swaps), de divisa (currency swaps), mixta de divisa y tipos de interés (cross-currency rate swaps), de materias primas (commodity swaps), de acciones o sobre índices de acciones (equity swaps/equity index swaps) y "de cualquier tipo que se negocie en los mercados financieros".

1.2.- El segundo contrato, de permuta financiera de tipos de interés, de 14 de marzo de 2008 y vigencia desde el 17 de marzo siguiente, tenía un nominal de 1.000.000 €, con tres años de duración, un diferencial del 0,15%, tipo cap del 6,45%, tipo barrera inferior del 3,18% y tipo fijo del 4,60%. El producto se describe textualmente en el documento contractual de la siguiente manera: *"Operación: Permuta Financiera de Tipo de Interés. El Banco paga trimestralmente el Tipo Variable de Referencia fijado al inicio de cada Periodo de Cálculo trimestral / el Cliente paga trimestralmente: i) el Tipo Variable de Referencia menos el Diferencial correspondiente con un máximo igual al Tipo Cap correspondiente menos el Diferencial correspondiente, si el Tipo Variable de Referencia es superior o igual al Tipo Barrera Inferior correspondiente,*

o ii) el Tipo Fijo correspondiente, si el Tipo Variable de Referencia es inferior al Tipo Barrera Inferior correspondiente". Añadiendo, se supone que con finalidad explicativa: *"Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, más la venta de una opción floor con barrera knock-in por parte del Cliente más la compra de una opción cap por parte del cliente"*.

1.3.- El último de los contratos, denominado "Confirmación swap ligado a inflación" ("Swap pagador de gastos de inflación acumulada"), de

3 de octubre de 2008 y vigencia entre el 13 de octubre de ese año y el 13 de octubre de 2016, tenía un nominal de 180.000 €, con un tipo fijo del

3,450%, con unos importes variables calculables conforme a la fórmula: Importe Nominal x Tasa de Inflación Acumulada, y unos importes fijos calculados a tenor de la fórmula: Importe Nominal x Tipo Fijo Capitalizado.

1.4.- De manera antecedente a la firma de tales contratos, el administrador único de "FDA Navistar, S.L.", D. Eduardo , solicitó a "Banco Santander, S.A." en febrero de 2008, a título personal, la concesión de un préstamo hipotecario para la compra de una vivienda; el cual le fue concedido y formalizado en escritura pública de 14 de marzo de 2008 (misma fecha que el primer swap), por importe de 600.000 €.

1.5.- Como consecuencia de la aplicación de los dos contratos de swap, se cargaron al cliente liquidaciones negativas por un importe total de 44.166,74 €.

2.- En junio de 2010, "FDA Navistar, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba la declaración de nulidad de los tres referidos contratos por vicio del consentimiento, con obligación de restitución recíproca de las prestaciones; subsidiariamente, la resolución de tales contratos, por imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin contractual, con la subsiguiente restitución de prestaciones; subsidiariamente, la cancelación anticipada de los tres contratos, con efecto desde el 11 de noviembre de

2009 respecto de los dos primeros contratos, y desde el 26 de enero de

2010 respecto del tercero; y en todo caso, desde la fecha de interposición de la demanda; y subsidiariamente, la nulidad y no incorporación a los contratos de determinadas condiciones generales de la contratación, tanto por ser abusivas, como por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santa Cruz de Tenerife, éste dictó sentencia en la que consideró probada la concurrencia de error en la prestación del consentimiento por parte de la demandante y declaró la nulidad de los tres contratos antes indicados, condenando a "Banco Santander, S.A." a abonar a la actora 42.645,91 €, como importe resultante de las liquidaciones recibidas por ambas partes, así como las liquidaciones percibidas durante la sustanciación del procedimiento, más sus correspondientes comisiones e intereses. La sentencia de primera instancia consideró acreditado que "FDA Navistar, S.L." era un cliente minorista, sin asesoramiento financiero externo, que la contratación de otros productos no suponía conocimientos específicos en este tipo de mercados, que no consta que el banco le facilitara la información precontractual escrita exigida por la normativa bancaria, que solo realizó el test de conveniencia respecto de uno de los contratos, así como que la propia directora de la sucursal reconoció que no ofreció una información específica más allá de la remisión a la propia literalidad del contrato y que, en todo caso, no se explicó al cliente que podía incurrir en pérdidas importantes. Todo ello, a pesar de que fue el banco quien tomó la iniciativa contractual y ofertó los productos al cliente, fijando unilateralmente las cláusulas contractuales en unos contratos sometidos

a condiciones generales. Afirmó igualmente la sentencia de instancia que aunque el banco afirmó que el nominal de los contratos se correspondía con el riesgo de la empresa, lo cierto es que el riesgo más importante era el préstamo con garantía hipotecaria concertado con el propio banco en el que la sociedad figuraba como

fiadora y no como prestataria. Y por último que, aunque como se ha dicho, respecto de uno de los contratos se hizo el test de conveniencia, no consta cómo se obtuvieron los datos que se hicieron figurar en el mismo y dado que se realizó mediante formato informático, da la impresión de que fue unilateralmente cumplimentado por los empleados de la entidad financiera.

4. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el mismo fue resuelto por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que asumiendo las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia y partiendo de la base de que la demandante tenía la consideración legal de cliente minorista, consideró probado que respecto de uno de los contratos de swap ni siquiera se le realizó el test de conveniencia a que obligaba la Ley del Mercado de Valores, ni en relación con ambos contratos de swap se le facilitó información suficiente sobre las características y funcionamiento de los productos financieros contratados, lo que la indujo a un error excusable que vició su consentimiento contractual. Como resultado de lo cual, desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-

1.- "Banco de Santander, S.A." formuló un único motivo de infracción procesal con el siguiente contenido: "Al amparo del artículo

469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 316 , 326 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 razonabilidad constitucionalmente exigible".

2.- Como regla general, en nuestro sistema procesal civil, no es dable revisar la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, RC 1918/2007 , y 263/2012, de 25 de abril, RC 984/2009 -. No obstante, 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. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero , que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas). Más en concreto se ha venido indicando que procede la revisión probatoria: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (Sentencias de 8 y 10 de noviembre de 1994 , 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002); b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (Sentencias de 28 de junio y 18 de diciembre de 2001 ; 8 de febrero de 2001 ; 21 de febrero y 13 de diciembre de 2003 y 9 de junio de 2004), o se adopten criterios desorbitados o irracionales (Sentencias de 28 de enero de 1995 , 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (Sentencias de 20 de febrero de 1992 , 28 de junio de 2001 , 19 de junio y 19 de julio de 2002 , 21 y 28 de febrero de 2003 , 24 de mayo , 13 de junio , 19 de julio y 30 de noviembre de 2004); d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (Sentencia de 3 de marzo de 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia (Sentencias de 24 de diciembre del 994 18 de diciembre de 2001 y 29 de abril de 2005); e) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticulada para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones(Sentencias de 10 de diciembre de 2008 , 8 de febrero de 2008 y 8 de marzo de 2007 , con cita a las de 14 , de abril de 1997 , 17 de marzo de 1997 , 11 de noviembre de 1997 , 30 de octubre de 1998 , 30 de noviembre de 1998 , 28 de mayo de 2001 , 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004).

3.- Sobre esta base, la sentencia recurrida no infringe los preceptos citados como tales por el recurrente (artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , relativo al reconocimiento de hechos en la prueba de interrogatorio de parte; artículo 326 de la misma Ley , relativo a la fuerza probatoria de los documentos

privados; y artículo 376, sobre la valoración de la prueba testifical). En primer lugar, porque según se desprende del tenor literal de los propios artículos, ninguno de ellos puede ser aplicado aisladamente, sino que ha de hacerse de forma armónica y coordinada con todas las demás reglas de valoración probatoria, que conforman el denominado principio de valoración conjunta de la prueba, tal y como hace la sentencia impugnada. Y en segundo término, y ello es lo más importante, porque dando la Audiencia como probado que "FDA Navistar, S.L." era un cliente minorista (en los términos de la legislación sobre el mercado de valores y la Directiva MIFID), del análisis del acervo probatorio obrante en las actuaciones concluye que no se le ofreció información precontractual suficiente sobre los riesgos que asumía, especialmente ante la posibilidad de bajada de los tipos de interés; que la actora ni era profesional de la inversión, ni contó con asesoramiento externo, ni había contratado productos financieros que pudieran tener similitud con los contratos de permuta financiera; que únicamente se realizó el test de conveniencia respecto del contrato de swap ligado a la inflación y arrojó resultados dudosos sobre el perfil del cliente, pequeña empresa dedicada a la construcción; no puede considerarse irracional o arbitrario que concluyera que en la concertación de los contratos litigiosos se produjo un déficit informativo de tal magnitud, teniendo en cuenta que se trata de productos financieros complejos, que indujo a error a la parte recurrida en la prestación del consentimiento contractual.

4.- En este caso, la parte recurrente no acredita la existencia de un error manifiesto en la valoración de la prueba, ni arbitrariedad. Por el contrario, lo que pretende, al denunciar genéricamente "error patente y arbitrariedad" en la valoración de la prueba, con cita de la práctica totalidad de los medios probatorios a que se ha hecho referencia, es lograr una nueva apreciación conjunta de los mismos que lleve a unas conclusiones de hecho distintas de las obtenidas por la Audiencia Provincial, lo que resultaría factible en una tercera instancia pero no en un recurso -como el presente- de carácter extraordinario que parte del respeto a los hechos probados así declarados en la instancia, salvo que se imponga lo contrario ante la evidencia de que algún hecho, fundamental para la decisión, se ha fijado de modo ilógico y arbitrario por haber sido valorada con tales deficiencias alguna de las pruebas practicadas; lo que no sucede en el presente caso. Razones por las cuales este único motivo del recurso de infracción procesal ha de decaer.

TERCERO.- Recurso de casación.-

1.- El primer motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en cuanto que no se han acreditado los requisitos para la apreciación de error en el consentimiento.

2.- Aparte de que el motivo hace supuesto de la cuestión, porque pretende negar los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, hemos de partir de la base de que lo planteado ha sido ya resuelto por esta Sala en la Sentencia nº 840/2013 del Pleno, de 20 de enero de 2014 , y entre otras, en las Sentencias números 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; y 110/2015, de 26 de febrero ; conjunto de resoluciones que conforman el corpus jurisprudencial actualmente aplicable a este tipo de contratos. Como decíamos en la Sentencia nº 385/2014: *"Según declaró esta Sala en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe comercial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº1979/2011 , en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento. De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD217/2008). Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por*

error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto".

3.- Dado que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, lo relevante es que no consta que el cliente tuviera adquirido ese conocimiento por cualquier medio, ni proveniente de la propia entidad, ni de otras fuentes, por lo que como dice la citada Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014, *"esa ausencia de información permite presumir el error"*. A lo que debe añadirse que los contratos y sus clausulados no fueron individualmente negociados, al tratarse de contratos predispuestos por la oferente con vocación de proyectarlos a una generalidad de clientes (contratos de adhesión); y sus clausulados no cumplen las especificaciones de claridad y transparencia que exigía ya en su fecha, amén de la normativa MIFID y su trasposición a la legislación nacional, la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Máxime cuando lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera vienen concretados en la normativa MIFID (actualmente en los artículos 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, de redacción posterior a la firma del contrato) y no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial.

4.- No se trata de que "Banco Santander" pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés (Sentencia del Pleno de esta Sala 491/15, de 15 de septiembre y las que en ella se citan), 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. Como recalca la citada Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014, *"el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato"*. Añadiendo que *[e]n un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía"*. Aquí ya no es que no se hiciera test de idoneidad, sino que ni siquiera se realizó un test de conveniencia en todos los contratos, por lo que difícilmente puede afirmarse que el producto era adecuado al perfil de los clientes. En suma, parafraseando nuevamente la citada Sentencia, *"En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía..... La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo"*.

5.- En lo relativo al error como vicio del consentimiento, no tenemos más que remitirnos nuevamente a la tan citada Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2014 (reiterada en lo fundamental por la también citada Sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre), que dice: *"Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes,*

el deber de suministrar al cliente minorista 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 cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación. De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

6.-De ello cabe concluir las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a 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. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto sí, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

7.- En relación con estos productos complejos, "Banco Santander, S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de la contratación de los mismos para la demandante, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con la que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Existió, por lo tanto, un error en el consentimiento del cliente que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas por la normativa

general y del mercado financiero ya citada. La Sentencia de esta Sala de 13 de febrero de 2007 establece que, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa, el empresario que la dirige debía haberse apercibido de la trascendencia de lo que firmaba. Cualquier persona normal puede dirigir una empresa y tener conocimientos del sector profesional al que se dirige y encontrarse, a su vez, en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró la misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Razones por las cuales debe perecer este primer motivo de casación.

8.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil, en relación con la nulidad de los contratos. En contra de lo afirmado en dicho motivo, la razón de la declaración de nulidad de los contratos litigiosos no es la contravención de normas imperativas, en este caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y el Real Decreto 217/2008, sino la apreciación de error en la prestación del consentimiento por parte de "FDA Navistar, S.L.", en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.300 y 1.303 del Código Civil. La norma citada como infringida, artículo 6.3 del Código Civil, es una norma general sobre la ineficacia de los actos contrarios a normas imperativas que no ha sido aplicada en este caso, al existir una previsión específica sobre las consecuencias de la celebración de contratos con vicios en el consentimiento, en el artículo 1.300 del mismo Código, consistente en la anulabilidad, que es lo que resuelve la sentencia recurrida. Pero es que, además, esta alegación no se planteó en el recurso de apelación, lo que ya de por sí debe dar lugar a su desestimación, al tratarse de un planteamiento novedoso no formulado oportuna y explícitamente en el momento procesal adecuado. Esta Sala tiene declarado que no procede plantear en casación tales "cuestiones nuevas", no tratadas en la segunda instancia y ello incluso en el caso de que la parte las hubiera planteado en la apelación, pues en tal caso la falta de pronunciamiento sobre ellas había de denunciarse como infracción procesal por falta de exhaustividad o de motivación, sin que pueda encajarse en el recurso de casación cuya función propia es revisar la corrección en la aplicación de las normas adecuadas para resolver las cuestiones objeto del proceso (Sentencias 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; y 268/2013, de 22 de abril).

CUARTO.- Costas y depósitos.-

1.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, en el recurso de apelación núm. 734/11.

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

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Pedro José Vela Torres, firmada y rubricada.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro José Vela Torres**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.