

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 11/2017 de 13 enero

RJ\2017\21



CONTRATOS BANCARIOS: SWAP: NULIDAD: PROCEDENCIA: ERROR DEL CONSENTIMIENTO: incumplimiento de los deberes de información: que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa no excluye el carácter excusable del error: no se acredita que el asesor fuera experto en la contratación de productos financieros complejos del tipo de los contratados: no se cumple el deber de información con la simple lectura o la intervención notarial: nulidad de los contratos novados y del contrato de préstamo celebrado para poder pagar las liquidaciones negativas y el coste de las cancelaciones anticipadas.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Casación 2001/2013

Ponente:Excmo Sr. Rafael Saraza Jimena

El TS declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y declara haber lugar al de casación interpuestos por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 11-07-2013, dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid en juicio ordinario.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la [sentencia de 11 de julio de 2013 \(PROV 2013, 273543\)](#), dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2269/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid, sobre nulidad de contratos. Los recursos fueron interpuestos por Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L., representados por la procuradora D.ª Silvia María Casielles Moran y asistidos por el

letrado D. José Antonio Ballesteros Garrido. Es parte recurrida Banco Santander S.A., representada por la procuradora D.^a María Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere y asistida por el letrado D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.^a Silvia Casielles Morán, en nombre y representación de Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L., interpuso demanda de juicio ordinario 2269/2010 contra Banco Español de Crédito en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] estimándola, declarando:

» 1.- La nulidad de los contratos de swap o permuta financiera de tipo de interés denominados "contrato sobre operaciones financieras" y sus novaciones suscritos entre las partes a partir del mes de noviembre de 2006 (los señalados con los nº 3, 6, 8, 9, 11, 12 y 13 del hecho tercero), por haberse suscrito por error y además no tener causa, con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de estas operaciones, con sus intereses legales; la nulidad contractual obligará a la devolución de cantidades recíprocamente entregadas, de forma que Banesto deberá devolver a las sociedades demandantes las siguientes cantidades globales: 49.466,62 € a Encuadernación Tomás de Diego Chicharro, S.L.; 19.822,51 € a Encuadernación de Diego Chicharro, S.L.; y 2.822,75 € a Encuadernación Vacaser, S.L., salvo error o que existiese alguna otra liquidación no documentada ni contabilizada por la demandante.

» 2.- Subsidiariamente, la resolución de los contratos vigentes en octubre de 2008, que son los señalados con los nº 3, 6, 9, 12 y 13 en el hecho tercero, por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, con obligación de restituir los pagos recíprocamente efectuados en razón de las operaciones resueltas con posterioridad al mes de octubre de 2008, con sus intereses legales; lo que supone que anesto (sic) deberá devolver a las sociedades demandantes las siguientes cantidades: 49.689,72 € a Encuadernación Tomás de Diego Chicharro, S.L.; 19.628,40 € a Encuadernación de Diego Chicharro, S.L.; y 3.131,08 € a Encuadernación Vacaser, S.L. salvo error o que existiese alguna otra liquidación no documentada ni contabilizada por la demandante.

» 3.- de nuevo subsidiariamente respecto a esta última petición, acuerde modificarlos en la medida que se estime pertinente para que (sic) recuperar el justo equilibrio de prestaciones y la causa del contrato, con reintegro de las cantidades que correspondan y sus intereses legales;

» 4.- la nulidad del contrato de préstamo suscrito el 30/7/2010 para hacer frente al pago de las liquidaciones de los swaps pendientes de pago y al de su cancelación anticipada, con obligación de reintegrar todas las cantidades percibidas en su ejecución, desde las comisiones y gastos cobrados a la concesión del préstamo (por importe de 179,58 euros) con sus intereses legales;

» 5.- La imposición de las costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 4 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 49 y fue registrada con el núm. 2269/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Español de Crédito S.A., contestó a la demanda y solicitó su desestimación, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de los de Madrid, dictó sentencia núm. 268/2011 de fecha 27 de septiembre , en la que desestimó la demanda, con imposición de costas a los demandantes.

SEGUNDO

Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L. Banco Español de Crédito, S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 263/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó [sentencia en fecha 11 de julio de 2013 \(PROV 2013, 273543\)](#) , que desestimó el recurso, con imposición a la apelante de las costas y pérdida del depósito constituido para recurrir.

TERCERO

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

1.- La procuradora D.^a Silvia Casielles Morán, en representación de Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Se interpone al amparo del [art. 469.1.4º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), porque la valoración de la prueba es arbitraria y absurda, lo que da lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#). En concreto, la sentencia recurrida estima que según la prueba practicada el Banco informó al cliente de todos los elementos y riesgos del contrato e incluso de sus previsiones de evolución del euribor».

«Segundo.- Se formula al amparo del [art. 469.1.4º](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la valoración de la prueba es arbitraria y absurda, lo que da lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española. En concreto, la sentencia recurrida estima que los contratos litigiosos ofrecen cobertura al cliente frente a las subidas de los tipos de interés al menos hasta una determinada barrera, y que se hace cargo de los importes que se correspondan a las subidas del euribor».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Se formula al amparo del [artículo 477.2.3º](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto que la cuantía del procedimiento es inferior a 600.000 € y presenta interés casacional; de acuerdo con el nº 3 del mismo art. 477, presenta interés casacional por oponerse a doctrina jurisprudencial establecida por el Pleno de la [Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia 244/2013, de 18 de abril \(RJ 2013, 3387\)](#), relativa a la aplicación del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores ».

«Segundo.- Se formula este amparo con carácter subsidiario al anterior, para el supuesto de que se estimará que la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 18 de abril de 2013 no es aplicable a nuestro caso en razón de las diferencias de hecho existentes».

«Tercero.- Se formula al amparo del [artículo 477.2.3º](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto que la cuantía del procedimiento es inferior a 600.000 € y presenta interés casacional; de acuerdo con el nº 3 del mismo art. 477, presenta interés casacional por oponerse al criterio jurisprudencial seguido por otras Audiencias Provinciales.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Antecedentes del caso.

1.- Las sociedades demandantes, Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L., representadas por su administrador D. Antonio , suscribieron una serie de contratos de swap de tipos de interés con Banco Español de Crédito S.A. (en lo sucesivo, Banesto), actualmente Banco Santander S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander).

Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L. suscribió un swap con un nominal de 450.000 euros en mayo de 2005. Este swap fue cancelado y contratado de nuevo, con el mismo nominal pero con diferentes condiciones, en dos ocasiones, siendo el último contrato de fecha 16 de marzo de 2007. Este contrato fue cancelado anticipadamente el 30 de julio de 2010.

Encuadernación De Diego Chicharro S.L. suscribió con Banesto un swap con un nominal de 100.000 euros en mayo de 2005. Este swap fue también cancelado y contratado de nuevo en dos ocasiones, siendo el último contrato de fecha 16 de marzo de 2007. Este contrato fue cancelado anticipadamente el 30 de julio de 2010.

Encuadernación De Diego Chicharro S.L. suscribió con Banesto un swap con un nominal de 24.000 euros en febrero de 2006. Este swap fue también cancelado y contratado de nuevo en dos ocasiones, la primera el 8 de noviembre de 2006 y la segunda y última el 13 de junio de 2007. Este contrato fue cancelado anticipadamente el 28 de junio de 2010.

Encuadernación De Diego Chicharro S.L. suscribió con Banesto un swap con un nominal de 140.000 euros en febrero de 2006. Este swap fue también cancelado y contratado de nuevo en dos ocasiones, la primera el 8 de noviembre de 2006 y la

segunda y última el 13 de junio de 2007. Este contrato fue cancelado anticipadamente el 28 de junio de 2010.

Encuadernación Vacaser S.L suscribió con Banesto un swap con un nominal de 100.000 euros en marzo de 2007. Este contrato fue cancelado anticipadamente el 8 de marzo de 2010.

Banesto financiaba habitualmente a estas sociedades. Los contratos de swap se suscribían, por lo general, con relación a contratos de financiación celebrados entre el cliente y Banesto, aunque en ocasiones estaban relacionados con operaciones de financiación suscritas por alguna de las demandantes con otra entidad bancaria.

Al inicio del desenvolvimiento de los contratos, estos generaron algunas liquidaciones positivas a favor de los clientes. Posteriormente, se produjeron liquidaciones negativas abultadas en contra de los clientes. Al dejar de abonar las liquidaciones, los clientes fueron incluidos en ficheros de morosos, inclusión que provocó que otra entidad les negase financiación. Para pagar las liquidaciones negativas adeudadas y poder cancelar anticipadamente los contratos de swap subsistentes, y de este modo cancelar los asientos de los ficheros de morosos, las demandantes concertaron con Banesto un contrato de préstamo el 30 de julio de 2010 por importe de 50.000 euros.

2.- Las tres sociedades contratantes de los swaps interpusieron una demanda contra Banesto en la que solicitaban que se declarase la nulidad de los contratos de swap y sus novaciones suscritos entre las partes a partir del mes de noviembre de 2006 por haberse suscrito por error y además no tener causa, con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de estas operaciones, con sus intereses legales; y, subsidiariamente, la resolución de los contratos por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, con obligación de restituir los pagos recíprocamente efectuados en razón de las operaciones resueltas con posterioridad al mes de octubre de 2008, con sus intereses legales, y, de nuevo subsidiariamente respecto a esta última petición, acuerde modificar tales contratos en la medida que se estime pertinente para recuperar el justo equilibrio de prestaciones y la causa del contrato, con reintegro de las cantidades que correspondan y sus intereses legales; así como la nulidad del contrato de préstamo suscrito el 30 de julio de 2010 para hacer frente al pago de las liquidaciones de los swaps pendientes de pago y al de su cancelación anticipada, con obligación de reintegrar todas las cantidades percibidas en su ejecución, desde las comisiones y gastos cobrados a la concesión del préstamo, con sus intereses legales.

Las demandantes alegaban que no solicitaban la nulidad de los swaps de fecha

anterior por haber caducado la acción por el transcurso de más de cuatro años.

3.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Las razones de la desestimación consistieron, resumidamente, en que las demandantes eran sociedades de cierta entidad, antigüedad en el tráfico mercantil y volumen de negocio, por lo que había de presumirse en su representante cierto conocimiento sobre el contenido de los contratos, que existieron reuniones del administrador de las demandantes con empleados de Banesto que le entregaron fichas explicativas y le facilitaron las explicaciones necesarias, y pudo leer los contratos, y que fueron varios los contratos firmados, que fueron renovados.

4.- Las demandantes apelaron la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso.

La Audiencia basó su resolución en la intervención del asesor fiscal de las demandantes, en la experiencia empresarial del representante de las demandantes que firmó el contrato, al que se le debe presumir la comprensión de los contratos de swap, y que tanto dicho administrador como el asesor fiscal, si no conocían esos productos financieros, debían y podían recabar información de otras personas de no considerarse suficientemente instruidas. Rechazó que los contratos no advirtieran adecuadamente de los riesgos, pues contenían avisos sobre los riesgos de la operación, y, respecto de la cláusula de cancelación anticipada, consideró que antes de la reforma de la [Ley del Mercado de Valores \(RCL 1988, 1644\)](#), no tenían por qué recibir detallada regulación en los contratos suscritos por las partes.

5.- Las demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y recurso de casación, basado en tres motivos, todos los cuales han sido admitidos.

6.- Las alegaciones relativas a la inadmisibilidad de los recursos que hace la recurrida en su escrito de oposición no pueden ser estimadas, conforme al criterio sentado por [esta sala en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 \(PROV 2013, 355553\)](#) (recurso nº 485/2012), asumido también en las [sentencias 351/2015, de 15 de junio \(RJ 2015, 2289\)](#), [550/2015, de 13 de octubre \(RJ 2015, 4741\)](#), y [577/2015, de 5 de noviembre \(RJ 2015, 4789\)](#), [188/2016, de 18 de marzo \(RJ 2016, 864\)](#), y [267/2016, de 22 de abril \(RJ 2016, 2410\)](#), entre otras muchas.

Los requisitos de admisibilidad, en concreto los del recurso de casación que va a ser estimado, se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y se ha expuesto cómo ve la parte recurrente el interés casacional, que por otra parte es evidente a la vista de la reciente jurisprudencia de esta sala

sobre el error vicio en los contratos de swap.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO

Formulación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El encabezamiento del primer motivo tiene el siguiente contenido:

«Se interpone al amparo del [art. 469.1.4º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , porque la valoración de la prueba es arbitraria y absurda, lo que da lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) . En concreto, la sentencia recurrida estima que según la prueba practicada el Banco informó al cliente de todos los elementos y riesgos del contrato e incluso de sus previsiones de evolución del euribor»

2.- En el desarrollo del motivo, las recurrentes impugnan, fundamentalmente, que la Audiencia Provincial haya considerado que se facilitó información suficiente a las demandantes antes de firmar los contratos y en los propios contratos.

3.- El segundo motivo se encabeza así:

«Se formula al amparo del [art. 469.1.4º](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil , porque la valoración de la prueba es arbitraria y absurda, lo que da lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española . En concreto, la sentencia recurrida estima que los contratos litigiosos ofrecen cobertura al cliente frente a las subidas de los tipos de interés al menos hasta una determinada barrera, y que se hace cargo de los importes que se correspondan a las subidas del euribor»

4.- En este motivo, las recurrentes alegan que el contenido de los contratos supone que el cliente solo tiene la posibilidad de cobrar cantidades ínfimas en caso de que haya subidas despreciables del Euribor, pero si se producen subidas de mayor entidad, desaparece la cobertura.

TERCERO

Desestimación del motivo. En el recurso extraordinario por infracción procesal no puede impugnarse la valoración de la prueba, la valoración jurídica de los hechos ni la interpretación de los contratos.

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso

extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el [art. 469.1.4º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las [sentencias 55/2001, de 26 de febrero \(RTC 2001, 55\)](#), [29/2005, de 14 de febrero \(RTC 2005, 29\)](#), [211/2009, de 26 de noviembre \(RTC 2009, 211\)](#), [25/2012, de 27 de febrero \(RTC 2012, 25\)](#), 167/2014, de 22 de octubre, y [152/2015, de 6 de julio \(RTC 2015, 152\)](#), el Tribunal Constitucional destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada [sentencia 55/2001, de 26 de febrero \(RTC 2001, 55\)](#), el Tribunal Constitucional identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

2.- A su vez, en las [sentencias de esta Sala 418/2012, de 28 de junio \(RJ 2012, 10125\)](#), [262/2013, de 30 de abril \(RJ 2013, 3933\)](#), [44/2015, de 17 de febrero \(RJ 2015, 3625\)](#), 235/2016, de 8 de abril, [303/2016, de 9 de mayo \(RJ 2016, 3671\)](#), y [714/2016, de 29 de noviembre \(PROV 2016, 264215\)](#) (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En el presente caso, la impugnación, además de poner en boca de la Audiencia afirmaciones que esta no hace en su sentencia, pretende que la sala realice una nueva valoración de ciertos extremos probatorios, lo que es incompatible con el carácter extraordinario de este recurso, y critica asimismo la valoración jurídica sobre la adecuación y suficiencia de la información facilitada y en la interpretación de los contratos, que son cuestiones sustantivas, que no pueden

plantearse en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación.

CUARTO

Formulación de los motivos del recurso de casación.

1.- El primer motivo se encabeza del siguiente modo:

«Se formula al amparo del [artículo 477.2.3º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) [...] por oponerse a doctrina jurisprudencial establecida por el Pleno de la [Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia 244/2013, de 18 de abril \(RJ 2013, 3387\)](#), relativa a la aplicación del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores ».

2.- La doctrina jurisprudencial habría sido infringida por la Audiencia Provincial al afirmar que la experiencia empresarial implica que se debe tener un conocimiento suficiente de los swaps, así como la exclusión de la excusabilidad del error por haber intervenido el asesor fiscal de las demandantes.

3.- El segundo motivo se encabeza con este epígrafe:

«Segundo.- Se formula este amparo con carácter subsidiario al anterior, para el supuesto de que se estimará que la doctrina establecida por la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 18 de abril de 2013 no es aplicable a nuestro caso en razón de las diferencias de hecho existentes».

4.- En este motivo se pretende que se fije, como doctrina jurisprudencial, que la mera actividad empresarial en un sector ajeno a los mercados de valores no implica que se tengan conocimientos específicos suficientes para la contratación de swaps, por lo que el error motivado por su suscripción no puede considerarse inexcusable.

5.- El tercer y último motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Se formula al amparo del [artículo 477.2.3º](#) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto que la cuantía del procedimiento es inferior a 600.000 € y presenta interés casacional; de acuerdo con el nº 3 del mismo art. 477, presenta interés casacional por oponerse al criterio jurisprudencial seguido por otras Audiencias Provinciales».

6.- En este motivo se alega la infracción del [art. 79](#) de la [Ley del Mercado de Valores \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781\)](#), en la redacción anterior a la reforma operada por la [Ley 47/2007 \(RCL 2007, 2302\)](#), porque, como cuestiones relevantes, el contrato es extremadamente complejo y oscuro y entraña un considerable contenido especulativo que se oculta al cliente; la cláusula que

advierte sobre los riesgos es oscura, no advierte sobre los riesgos reales del producto y se limita a advertir sobre lo obvio; la cláusula sobre el posible coste de la cancelación anticipada es oscura e indeterminada, pues se limita a remitirse a un cálculo a efectuar por el propio banco con base en precios de mercado, sin exponer la fórmula o método de cálculo y sin advertir que el coste puede ser elevadísimo; no hubo información objetiva sobre las previsiones que manejaba el banco relativas a la probable evolución futura de los tipos de interés, con las consecuencias que ello tendría en el desarrollo del instrumento financiero, pese a que el contrato se diseña sobre esa información, por lo que es especialmente relevante para que el cliente pueda valorar si le conviene contratar; al banco le corresponde la carga de probar qué documentación precontractual entregó a las demandantes, y la suscripción de otros swaps anteriormente no supone conocimiento de sus riesgos por no haberse facilitado información sobre estos y no haberse exigido cantidades para la cancelación de los anteriores, puesto que ese coste se incorporaba a la estructura de los nuevos swaps que sustituían a los anteriores con una estructura cada vez más perjudicial para el cliente.

Concluye afirmando que la flexibilidad con la que la Audiencia Provincial aplica las previsiones legales de protección del cliente es contraria a la voluntad del legislador, a la Directiva y a la jurisprudencia de esta sala.

7.- La estrecha relación existente entre estos motivos, que se centran todos ellos en el incumplimiento de los deberes de información del banco como determinantes del error sustancial y excusable en el cliente, aconseja su resolución conjunta.

QUINTO

Decisión de la sala. El error vicio del consentimiento en el contrato de swap. Incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera.

1.- Esta Sala ha fijado ya un considerable, por más que sea reciente, cuerpo de doctrina sobre el error vicio del consentimiento en el contrato de permuta financiera o "swap", representado por las [sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 \(RJ 2014, 781\)](#), y [491/2015, de 15 de septiembre \(RJ 2015, 3993\)](#), así como las [sentencias 458/2014, de 8 de septiembre \(RJ 2014, 4946\)](#); 460/2014, de 10 de septiembre; 384 y [385 de 2014, ambas de 7 de julio \(RJ 2014, 4313\)](#); 387/2014, de 8 de julio; 110/2015, de 26 de febrero; [535/2015, de 15 de octubre \(RJ 2015, 5030\)](#); [563/15, de 15 de octubre \(RJ 2015, 4894\)](#); 547/15, de 20 de octubre; 549/15, de 22 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 595/2015, de 30 de octubre; 623/2015, de 24 de noviembre; 633/2015, de 19 de noviembre; [675/2015, de 25 de noviembre \(RJ 2015, 5498\)](#); 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de

noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 691/2015, de 10 de diciembre , 692/2015, de 10 de diciembre , 742/2015, de 18 de diciembre , [31/2016, de 4 de febrero \(RJ 2016, 223\)](#) , 195/2016, de 20 de marzo , 331/2016, de 19 de mayo , 496, de 15 de julio, [509/2016, de 20 de julio \(RJ 2016, 3429\)](#) , 577/2016, de 30 de septiembre , 668/2016 y 669/2016, de 14 de noviembre , 689/2016 , 690/2016 y [691/2016, de 23 de noviembre \(RJ 2016, 5658\)](#) , 694/2016 y [699/2016, de 24 de noviembre \(RJ 2016, 5659\)](#) , entre otras muchas.

La doctrina jurisprudencial sentada en estas sentencias no solo no priva al recurso de su interés casacional, sino que muestra, como se razonará, que las razones de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial no se ajustan a los criterios que esta Sala ha considerado deben regir en la apreciación del error vicio en la contratación de los swaps.

2.- Como consideración previa, antes de entrar propiamente en los argumentos expuestos en el escrito de recurso y en el de oposición, debe recordarse que entra en el ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable. Por tanto, no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de información y la capacidad de las demandantes (de su representante) para entenderla en tanto que empresario de cierta importancia, con antigüedad en su actividad, y que lo contrario supondría hacer de este recurso una tercera instancia.

La valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del representante de las demandantes para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación.

3.- Los contratos cuya nulidad se solicita en la demanda fueron concertados antes de que entrara en vigor la [Ley 47/2007, de 19 de diciembre \(RCL 2007, 2302\)](#) , que transpuso a Derecho interno la Directiva MiFID.

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes. Las recurrentes llevan razón al afirmar que la flexibilización que de estas normas se hace en la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la jurisprudencia dictada en esta materia.

La Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales al

contrato cuya nulidad se solicita, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El [art. 79](#) LMV establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo [art. 79 .bis](#) LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarles, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

Argumentos como los utilizados en la sentencia recurrida para desestimar el recurso, cuando se afirma por ejemplo que antes de la reforma de la Ley del Mercado de Valores, las cláusulas sobre cancelación anticipada no tenían por qué contener información detallada (ni, lógicamente, había obligación de informar adecuadamente y con antelación sobre los riesgos aparejados a tal cancelación anticipada), no son admisibles. La reforma operada en la normativa del mercado de valores no excluye que bajo la anterior redacción (normas de conducta de la Ley del Mercado de Valores y del [Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo \(RCL 1993, 1560\)](#)) existiera ya una obligación de información imparcial, clara y prestada con suficiente antelación sobre la naturaleza y riesgos del contrato.

La previsión contenida en la anterior redacción del [art. 79](#) LMV desarrollaba la [Directiva 1993/22/CEE \(LCEur 1993, 1706 y 2550\)](#), de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación

financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de estos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

4.- Como consecuencia del deber de información imparcial, clara y no engañosa que la normativa sectorial, tanto la anterior como la posterior a la transposición de la Directiva MiFID, impone a las empresas que prestan servicios de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este, y debe hacerlo con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida. La intensidad de estos deberes de información por parte de la empresa que actúa en el mercado de valores es tanto mayor cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor.

Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial han considerado que Banesto cumplió su deber de información porque hubo reuniones previas con empleados de la sucursal -cuyo contenido ni siquiera concretan adecuadamente, y que en la contestación a la demanda simplemente se afirmaba «previas las explicaciones oportunas (que sin género de duda se ofrecieron al cliente en el caso de autos)»-, porque se entregó un folleto y porque los contratos explicaban la mecánica de los contratos y contenían avisos de riesgos. Pero hemos reiterado en anteriores sentencias que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por unos avisos de riesgos en los folletos precontractuales y en los propios contratos que contenían una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, o por reuniones de contenido indeterminado, aunque fácilmente determinable a la vista del contenido de los contratos y folletos. Menos aún con el contenido de unos contratos complejos y de difícil entendimiento por quien no es experto en este tipo de productos.

No se trata de que Banesto pudiera adivinar la evolución futura del índice de referencia, sino de que ofreciera al cliente una información precisa, suficiente y comprensible, con suficiente antelación, de las posibles consecuencias de la fluctuación de tal índice al alza o a la baja y de los costes de la cancelación anticipada.

La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. Para el banco (o la empresa a la que este cede su posición en el contrato), el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

La Audiencia Provincial no ha considerado relevante la ausencia de información sobre este extremo, pese a que no se hubiera facilitado a las demandantes la información no confidencial, y hasta donde fuera necesario para decidir si contratar, sobre la más que posible existencia de liquidaciones negativas futuras por un importe considerable. La fijación de las condiciones esenciales de los contratos de swap concertados no pudo realizarse por Banesto al azar, sino con base en un

previo estudio del mercado y en unas expectativas sobre el comportamiento de la variable.

Directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos declarado en otras ocasiones, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución del índice de referencia del swap (en este caso, determinados tipos de interés), pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

5.- La existencia de menciones predispuestas en los contratos conforme a las cuales cada parte tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional), y de hecho se han entendido, los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, que se adecuaban a su experiencia inversora y financiera, y que su decisión no estaba basada en ninguna recomendación ni asesoramiento financiero o de inversión por parte de Banesto, carece de trascendencia. Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas [sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril \(RJ 2013, 3387\)](#), hasta la [699/2016, de 24 de noviembre \(RJ 2016, 5659\)](#) y muchas más que han mediado entre una y otra.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece

contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap.

6.- La entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. La existencia de barreras que reducen el riesgo del banco en caso de subida del índice de referencia, frente al riesgo ilimitado del cliente en caso de que baje, debe ser explicada con suficiente claridad.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, que el importe de las liquidaciones negativas y el coste de la cancelación anticipada pueden ser muy elevados.

Tal información no se suministra con un simple "aviso" como los existentes en los contratos cuya nulidad se solicita y en el folleto entregado a las demandantes. Para cumplir las obligaciones de información que las normas reguladoras del mercado de valores imponían a Banesto, no era suficiente con el empleo de eufemismos («coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación») que ocultan más que aclaran la posibilidad real de sufrir pérdidas muy elevadas, o de comparaciones («coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de haber contratado una permuta de tipos de interés estándar») difícilmente comprensibles para un cliente no experto.

Tales avisos no contienen una información mínimamente clara y precisa sobre la verdadera naturaleza de los riesgos asumidos por el cliente y la gravedad que puede llegar a alcanzar el riesgo de pérdidas económicas que para el cliente se deriva del contrato ofrecido por la entidad financiera.

7.- Hemos afirmado en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, tratándose, como se trataba, de empresas que desarrollaban su actividad en un sector completamente ajeno al financiero y de inversión, como es el de las artes gráficas.

Tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el asesor fiscal de la empresa excluye el carácter excusable del error. En la [sentencia 633/2015, de 13](#)

[de noviembre \(RJ 2015, 5066\)](#) , afirmamos:

«Tampoco lo supone [la exclusión del error] el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas. Hemos afirmado en la [sentencia núm. 549/2015, de 22 de octubre de 2015 \(RJ 2015, 5600\)](#) , que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en otras sentencias, como las 244/2013, de 18 de abril , invocada por las recurrentes para justificar la contrariedad a la jurisprudencia de esta sala, 673/2015, de 9 de diciembre , [496/2016, de 15 de julio \(RJ 2016, 3201\)](#) , y [579/2016, de 30 de septiembre \(RJ 2016, 4589\)](#) .

En el presente supuesto, no se ha afirmado por los órganos de instancia que este asesor fiscal fuera experto en la contratación de productos financieros complejos del tipo de los contratados.

8.- Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que tal normativa impone a las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Sobre este particular, declaramos en las sentencias del pleno de esta [sala 840/2013, de 20 de enero de 2014 \(RJ 2014, 781\)](#) , y [460/2014, de 10 de septiembre \(RJ 2014, 5304\)](#) :

«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

9.- Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril , [769/2014, de 12 de enero de 2015 \(RJ 2015, 608\)](#) , y otras sentencias posteriores, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. No es admisible la alegación de que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la

necesaria diligencia o que en el contrato se incluía una cláusula, prerredactada por el banco, en la que se afirmaba que el cliente se había asesorado por su cuenta y eximía al banco de informarle adecuadamente.

10.- Tampoco puede aceptarse que la simple lectura de las cláusulas del contrato de swap fuera suficiente para que los clientes tuvieran información adecuada sobre el producto cuya contratación se les ofrecía, puesto que se trata de contratos muy complejos, de difícil comprensión por quienes no sean profesionales del mercado de este tipo de productos derivados, y, como ya se ha explicado, el aviso de riesgos no advertía adecuadamente sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato.

Tampoco la intervención notarial en alguno de estos contratos puede considerarse suficiente para considerar que los clientes fueran informados adecuadamente de la naturaleza, características y riesgos de los contratos de swap ni que fueran conscientes del alcance y gravedad de las pérdidas que podía sufrir como consecuencia de tales contratos, como ya hemos declarado en alguna ocasión anterior ([sentencia 651/2015, de 20 de noviembre \(RJ 2015, 5629\)](#)). Menos aún puede considerarse indicativa de que los clientes fueran informados con la suficiente antelación, como exigía y exige la normativa sobre el mercado de valores, puesto que la intervención notarial se produce en el momento preciso de la suscripción del contrato. Además, no debe olvidarse que las obligaciones de información, en el elevado y exigente grado que exige la normativa del mercado de valores, se imponen a las empresas que intervienen en el mercado de valores, y no a terceros intervinientes como pueden ser los fedatarios públicos.

11.- Hemos afirmado que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos (menos aún cuando los contratos posteriores son más gravosos para el cliente que aquellos a los que sustituyen anticipadamente, lo que en todo caso no hace sino confirmar el error del cliente), salvo que se pruebe que se ha informado correctamente en ellos de su naturaleza y los riesgos asociados, pueden ser considerados excluyentes del error ni actos convalidantes del negocio viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria ([sentencias 12/2016, de 1 de febrero](#), [19/2016 de 3 de febrero \(RJ 2016, 213\)](#), y [595/2016, de 5 de octubre \(RJ 2016, 4913\)](#).)

12.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida

infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de productos y servicios de inversión citados en el recurso, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banesto a sus clientes, y que estos resultaron adecuadamente informados a la vista de su perfil de conocimientos y experiencia y que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad del contrato de swap impugnado.

El criterio de enjuiciamiento empleado por la Audiencia Provincial contradice la jurisprudencia de esta sala, que ha declarado que la defectuosa información sobre estos productos complejos y de riesgo presupone la existencia de error vicio salvo que concurren circunstancias excepcionales (en especial, carácter experto del cliente) que en el presente caso no concurren.

Por ello, procede estimar el recurso de casación y revocar la sentencia de la Audiencia Provincial.

13.- La caducidad de la acción dirigida a obtener la anulación de los contratos de 8 de noviembre de 2006, porque la orden de contratación era anterior y habían empezado a desenvolverse en octubre, no puede ser estimada, habida cuenta de la doctrina sentada por esta sala en torno a la caducidad de la acción de nulidad por error vicio de los contratos complejos a partir de la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y otras posteriores como las sentencias 435/2016, de 29 de junio , y 718/2016, de 1 de diciembre .

14.- Procede declarar también la nulidad del contrato de préstamo celebrado por las demandantes con Banco Santander el 30 de julio de 2010 para poder pagar las liquidaciones negativas y el coste de las cancelaciones anticipadas.

Este contrato posterior suponía la validez de los contratos de swap y la asunción de sus resultados económicos. Sin los contratos de swap y las pérdidas que originaron quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por el posterior contrato de préstamo que sirvió para abonar las liquidaciones negativas y los costes de la cancelación anticipada. Este último contrato estaba causalmente vinculado a los contratos de swap en virtud de un nexo funcional, pues su celebración fue necesaria para poder hacer frente al grave quebranto económico que los contratos de swap supusieron para las demandantes y permitir su exclusión de los registros de morosos y la continuación de su actividad empresarial.

Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se

manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos.

Así lo hemos declarado en la [sentencia 375/2010, de 17 de junio \(RJ 2010, 5407\)](#)

15.- La nulidad de los indicados contratos trae como consecuencia la restitución recíproca de todo lo recibido de la otra parte, con sus intereses, calculados al tipo del interés legal, desde el momento en que se produjo la recepción. Banco Santander debe restituir lo percibido por las liquidaciones negativas y por la cancelación anticipada de los contratos de swap cuya nulidad se declara, así como por las comisiones y amortizaciones periódicas (comprensivas de capital e intereses) percibidos por el préstamo. Las demandantes deben restituir las liquidaciones positivas que pudieran haber percibido por los contratos de swaps que se anulan, y la cantidad que percibieron por el préstamo contratado al que se propaga la ineficacia de los swaps.

Ningún obstáculo supone para ello el [art. 219](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), puesto que se trata de realizar simples liquidaciones aritméticas (suma de las partidas de cada signo y cálculo del interés legal desde la fecha de cada pago hasta la restitución), y, en todo caso, esta sala ha realizado una interpretación flexible de dicho precepto legal a partir de la [sentencia de Pleno 993/2011, de 16 de enero de 2012 \(RJ 2012, 1785\)](#).

SEXTO

Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial imposición. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que se condene a las recurrentes al pago de las costas.

La estimación del recurso de casación conlleva que se estime el recurso de apelación y se revoque la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y, consecuentemente, se estime la demanda, pues se estiman sus pretensiones principales, lo que supone que se condene a la demandada al pago de las costas de primera instancia y no se haga expresa imposición de las costas de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, y a la pérdida del constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con las disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 9, de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#).

FALLO

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

1

- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L. contra la [sentencia de 11 de julio de 2013 \(PROV 2013, 273543\)](#), dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 263/2012. **2.º**- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, estimamos el recurso de apelación interpuesto por Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de los de Madrid 268/2011, de 27 de septiembre, que revocamos, y, en su lugar, acordamos: **2.1.-** Estimamos la demanda interpuesta por Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L. contra Banco Santander S.A.. **2.2.-** Declaramos la nulidad de los contratos de swap o permuta financiera de tipo de interés denominados 'contrato sobre operaciones financieras' y sus novaciones suscritos entre las partes a partir del mes de noviembre de 2006, señalados con los números 3, 6, 8, 9, 11, 12 y 13 del hecho tercero de la demanda, así como el contrato de préstamo suscrito el 30 de julio de 2010. **2.3.-** Declaramos que las partes deben restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de estos contratos, con sus intereses, calculados al tipo del interés legal, desde el momento en que fueron realizados. **3.º**- Condenamos a Banco Santander S.A. al pago de las costas de primera instancia. Condenamos a Encuadernación Tomás de Diego Chicharro S.L., Encuadernación De Diego Chicharro S.L. y Encuadernación Vacaser S.L. al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No hacemos expresa imposición de las costas del recurso de apelación ni del recurso de casación. Devuélvase a las recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

