

Roj: **STS 5169/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5169**Id Cendoj: **28079110012016100677**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **24/11/2016**Nº de Recurso: **1169/2013**Nº de Resolución: **699/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 112/2013 de 3 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 610/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrent, sobre nulidad de contrato de permuta financiera. El recurso fue interpuesto por la Asociación de consumidores Auge, en nombre de sus socios D. Severino y D.^a María Purificación, representados por el procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén y asistidos por el letrado D. José M.^a Davó Escribá. Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representada por la procuradora D.^a Cayetana de Zulueta Luchsinger y asistida por el letrado D. Antonio Poveda Bañón.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Javier Barber Paris, en nombre y representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales de Banca y Bolsa en representación de Severino y D.^a María Purificación, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] estimando íntegramente la demanda e incluyendo los siguientes pronunciamientos:

» 1.- Declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de tipos de interés, suscrito, de un lado, por el Sr. Severino y la Sra. María Purificación y, del otro, por la entidad financiera Banesto, S.A., el 2 de julio de 2007 y que consta aportado como documento siete de la presente demanda, por concurrir error en el consentimiento prestado por los actores, a causa del incumplimiento de los deberes legales de información correspondientes a la entidad demandada, y también por la ausencia de causa contractual que lo justifique.

» 2.- Condenar a Banesto, S.A. a estar y pasar por la anterior declaración.

» 3.- Consecuentemente, declarar que las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que la declaración de nulidad del contrato de swap solicitada conlleva, condenando por tanto a Banesto, S.A. a abonar al actor la cantidad de cuarenta y un mil veinticuatro euros con ochenta y un céntimo (41.024,81 €), en concepto de principal e intereses legales, más los intereses de demora que se generen.

» 4.- Imponer a la entidad bancaria demandada las costas procesales causadas en la presente instancia, en virtud del principio del vencimiento».

2.- La demanda fue presentada el 26 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrent y fue registrada con el núm. 610/2011. 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 las demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrent, dictó sentencia núm. 132/2012 de fecha 2 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando íntegramente la demanda entablada por el Procurador Sr. Barber París, en nombre y representación de Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales de Banca y Bolsa, actuando en nombre de sus asociados D. Severino y D^a María Purificación, con asistencia del Letrado Sr. Davó Escribá, contra Banco Español de Crédito (Banesto), representada por el Procurador Sr. Díaz Marco, y asistida del Letrado Sr. Poveda Bañón, declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito el 2 de julio de 2007, entre D. Severino y D^a María Purificación, y Banesto SA, y condeno a la demandada, Banesto SA, a estar y pasar por la anterior declaración, y en su consecuencia, condenándola así mismo a restituir (pagar) a los mencionados D. Severino y D^a María Purificación, la cantidad de 38.948,23 euros en concepto de principal, con más los intereses legales procedentes, calculados desde las fechas en que la demandada hizo percepción indebida de cada una de las sumas que integran el monto total antedicho, hasta su total satisfacción y pago a los antedichos acreedores, y condenando así mismo a Banesto, al pago de las costas procesales.

» Notifíquese».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Español de Crédito, S.A. La representación de la asociación de consumidores Auge y de sus socios D. Severino y D^a María Purificación se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 909/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 112/2013 en fecha 3 de abril, que cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco Español de Crédito, S.A. contra la sentencia de fecha 2 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torrent en autos de juicio ordinario nº 610/11, revocamos dicha resolución, que se deja sin efecto, y en su lugar, desestimando la demanda inicial de las actuaciones formulada por la representación procesal de Severino, María Purificación y la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales de Banca y Bolsa (Auge), absolvemos a la mercantil Banco Español de Crédito S.A. de las pretensiones contra ella deducidas, con expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia a la parte actora y sin hacer expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

» Se acuerda la devolución de la parte apelante del depósito constituido para recurrir».

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

1.- El procurador D. Javier Barber París, en representación de la Asociación de Consumidores Auge y de sus socios Severino y doña María Purificación, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, infracción por inaplicación de los artículos 1258 del CC, 79.1.e) de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; arts. 2 y 5 (números 1 y 3) del Código General de Conducta en los Mercados de Valores, aprobado por Real Decreto 629/1996 de 3 de mayo, sobre normas de conducta en los mercados de valores; apartado segundo, números 1 y 2, letras a), b) y c) de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del Código General de Conducta, reguladores de los deberes de información de las entidades financieras respecto de sus clientes; así como la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998, de 20 de enero de 2003 y 17 de abril de 2013, sobre obligaciones de las entidades financieras».

«Segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3 de la LEC, infracción por inaplicación del artículo 1261 del Código Civil, regulador de la inexistencia de los contratos por ausencia del consentimiento y, subsidiariamente, infracción de los arts. 1265 y 1266, ambos del Código Civil, reguladores del error como vicio del consentimiento de los contratos, así como en ambos casos, infracción del art. 1303 del Código Civil, sobre restitución de las prestaciones; doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1995 y 10 de abril de 2001 ».

«Cuarto (sic).- Infracción por inaplicación del art. 37, apartado d) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre».

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 de la Constitución, con efectiva indefensión de los recurrentes, por haber realizado el Tribunal a quo en la sentencia recurrida una valoración de la prueba ilógica y arbitraria».

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 11 de mayo de 2016, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- El 4 de julio de 2007, D. Severino y D.ª María Purificación suscribieron con Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo, Banesto), actualmente Banco Santander, S.A., un préstamo hipotecario por importe de 800.000 euros, con un tipo de interés variable a partir de una determinada fecha. Dos días antes, el 2 de julio de 2007, suscribieron una permuta financiera de tipos de interés (swap) con un nocional de 700.000 euros y una duración de tres años, que les fue ofrecido por el director de la sucursal de Banesto al que habían solicitado el préstamo hipotecario, en paralelo al proceso de suscripción de este, dada la previsión de la subida de los tipos de interés, habiéndoles informado que tenía por finalidad la cobertura de la variación de los tipos de interés.

El contrato contenía el siguiente aviso de riesgos:

«Con independencia de lo declarado por el cliente en la estipulación CUARTA del contrato del que forman parte las presentes Condiciones Particulares, el cliente manifiesta de manera expresa que es consciente del riesgo de esta operación. Específicamente el cliente manifiesta que:

»a) En el supuesto en que bajaran los tipos de interés podría ocurrir que el Tipo Fijo pagado por el cliente en algún periodo de cálculo fuera superior al Tipo Variable II recibido por el cliente y por tanto el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la operación.

»b) En el supuesto en que el Tipo Variable de Referencia estuviera por encima de la barrera aplicable en algún periodo de cálculo, el cliente dejaría de pagar un tipo fijo y pagaría un tipo variable y por tanto el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de haber contratado una permuta de tipos de interés estándar».

La condición general cuarta, bajo la rúbrica "riesgos", establece:

«Cada parte manifiesta en este acto a la otra que al día de la fecha existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional), y de hecho se han entendido, los términos, condiciones y riesgos de esta Operación [...] y aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes, ya sean de índole financiero o de otro tipo.

»De manera específica, el Cliente manifiesta expresamente que la operación del contrato se adecua a su experiencia inversora y financiera, habiendo decidido el Cliente de forma libre e independiente formalizar esta Operación, y declarando no haber basado su decisión en ninguna comunicación verbal o escrita por parte del Banco que signifique una recomendación o asesoramiento financiero o de inversión respecto de esta transacción»

Las dos primeras liquidaciones semestrales fueron favorables a los demandantes en una pequeña cantidad, y el resto fueron desfavorables, arrojando un saldo total negativo de 38.948'23 euros para los clientes.

El contrato contenía una serie de previsiones en cuanto a barreras, tramos en que se preveía el pago por los clientes de importes variables o importes fijos, etc, que limitaban el riesgo para el banco en mayor medida que para los clientes.

2.- La demanda que inició este proceso instaba la nulidad del contrato, por ausencia de consentimiento, y, subsidiariamente, su anulación por error vicio, porque se trataba de un contrato complejo, los clientes no tenían el perfil de experto en este tipo de productos financieros, y el banco omitió recabar información sobre el perfil y las necesidades inversoras de los clientes y facilitarles la información necesaria en los términos exigidos por la normativa del mercado de valores. Por ello, la parte demandante instó la nulidad del contrato y la restitución recíproca de las prestaciones, por «ausencia de causa contractual que lo justifique», así como por error vicio en el consentimiento.

3.- El Juzgado de Primera Instancia de Torrent estimó la acción de anulación del contrato por concurrencia de error vicio en el consentimiento.

Los argumentos expuestos en esta sentencia, resumidos, consistieron en que el banco incumplió las exigencias de información que le imponían el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993 pues no recabó información sobre el perfil y los intereses de inversión de los clientes, no les suministró la información sobre el funcionamiento y los riesgos del producto con el rigor que exige esa normativa, necesaria porque los clientes carecían de conocimientos financieros específicos sobre ese producto complejo, siendo insuficiente la información genérica que el director de la sucursal afirmó haber facilitado a los clientes, así como el aviso de riesgos del contrato, por no emplear términos claros que advirtieran del riesgo de fuertes pérdidas ni del coste de la cancelación del producto. Todo ello habría determinado el error vicio del consentimiento, sustancial y excusable. Por tal razón declaró nulo el contrato y acordó la restitución de las prestaciones recíprocas, con sus intereses desde las fechas en que fueron cobradas las liquidaciones.

4.- Banesto recurrió en apelación la sentencia. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso.

La Audiencia no modificó los hechos fijados por el Juzgado de Primera Instancia, pero les dio otra trascendencia jurídica. Valoró que en el contrato expresamente se señalaba que no había asesoramiento financiero o de inversión respecto de dicho negocio por parte del banco. Y consideró que la información facilitada fue adecuada en atención tanto al contenido del propio contrato, en el que aparecía expresamente descrito el funcionamiento del producto, como a que el director de la sucursal afirmó haber ofrecido a los clientes el producto dada la previsión de la subida de los tipos de interés, habiéndoles informado que tenía por finalidad la cobertura frente a las variaciones de los tipos de interés y que tendría un coste financiero en el caso de que los tipos de interés bajaran.

5.- La parte demandante ha interpuesto recurso de casación, basado en tres motivos, y recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo.

Aunque la parte recurrente formula en primer lugar el recurso de casación y a continuación el recurso extraordinario por infracción procesal, el orden de resolución ha de ser el inverso, por disponer así el párrafo sexto del apartado primero de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC).

6.- Banesto, al personarse, alegó varias causas de inadmisión de los recursos. Estas causas fueron desestimadas, en unos casos tácitamente y en otros expresamente, en el auto de admisión de los recursos.

En el escrito de oposición al recurso, Banesto manifiesta que reitera las alegaciones de dicho escrito de personación y oposición a la admisión del recurso, tanto respecto del fondo como respecto de las causas de inadmisión, y expone de nuevo algunas de estas alegaciones.

Esta remisión no es atendible. Los recursos extraordinarios, tanto en su formulación como en la oposición a los mismos, presentan unas exigencias de precisión y claridad incompatibles con este tipo de remisiones, en las que esta sala debería ir comparando el escrito de personación, el auto de admisión, el escrito de oposición al recurso, para decidir qué alegaciones han sido expresamente desestimadas en el auto de admisión, cuáles lo han sido tácitamente, qué alegaciones pueden considerarse reiteradas, cuáles no lo han sido por lo que debería responderse a alegaciones del escrito previo, etc.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso.*

1.- El epígrafe que encabeza el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente:

«Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 de la Constitución , con efectiva indefensión de los recurrentes, por haber realizado el Tribunal a quo en la sentencia recurrida una valoración de la prueba ilógica y arbitraria»

2.- El motivo se divide en dos apartados. El primero de ellos se titula «[l]a inversión de la carga de la prueba en materia de asesoramiento sobre productos financieros complejos», y en él se impugna que la sentencia de la Audiencia Provincial no haya aplicado la inversión de la carga de la prueba en el suministro de información correcta por parte del banco, lo que supondría, según la parte recurrente, una infracción del art. 217 LEC .

El segundo apartado se titula «[l]a valoración de la prueba», y en él se revisan las distintas pruebas practicadas (documentos, testigo), y se afirma que una valoración correcta de las pruebas debería haber llevado a la conclusión de que Banesto incumplió su deber de informar a los recurrentes sobre la naturaleza y riesgos del swap, por lo que, al no hacerlo, ha incurrido en una valoración arbitraria, ilógica y razonable.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Inexistencia de las infracciones denunciadas.*

1.- Dando respuesta al primer apartado del motivo, el art. 217 LEC es una de las normas procesales reguladoras de la sentencia, como resulta tanto de su encuadre sistemático en la citada ley procesal como de su función. Es por ello que esta sala, de forma constante, ha declarado que su infracción, además de requerir la precisión del párrafo infringido, pues cada uno de sus párrafos contiene normas diferenciadas, ha de realizarse por el cauce del art. 469.1.2º LEC . Por tanto, el cauce del apartado 4º del art. 469.1 LEC es incorrecto.

Además, la sentencia recurrida basa su decisión en considerar adecuada y suficiente la información suministrada por el director de la sucursal y la que resultaba del propio contrato. No ha basado su decisión en que la falta de prueba de determinados hechos debiera perjudicar a la parte demandante. Por ello, no se han aplicado las reglas de la carga de la prueba ni se ha podido infringir ninguna de las normas contenidas en los distintos apartados de este artículo.

2.- Respondiendo ahora al segundo de los apartados, que la valoración de las pruebas hecha por la Audiencia Provincial no haya arrojado el resultado que la parte recurrente considera correcto no supone que por ello sea arbitraria, ilógica o incurra en un error patente. Hay valoraciones de la prueba que, incluso no siendo las más acertadas, no incurrir en dichas infracciones legales. No debe olvidarse que el error en la valoración de la prueba no es uno de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo es la infracción del art. 24 de la Constitución , y esa infracción solo se produce cuando la valoración de la prueba no supera un mínimo test de racionalidad o incurre en un error patente, lo que con toda evidencia no sucede en la sentencia recurrida.

3.- Por otra parte, como se ha expuesto, los hechos relevantes no difieren en el relato fáctico de una y otra sentencia. Lo que difiere es la valoración jurídica de esos hechos, y eso es una cuestión ajena a la valoración de la prueba que sirve para fijar los hechos relevantes. Por tanto, las infracciones legales que hayan podido cometerse al extraer de los hechos determinadas consecuencias jurídicas no son denunciabiles en el recurso extraordinario por infracción procesal, sino en el recurso de casación.

Recurso de casación.

CUARTO.- *Formulación del recurso de casación.*

1.- El encabezamiento del primer motivo del recurso de casación tiene este contenido literal:

«Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , infracción por inaplicación de los artículos 1258 del CC , 79.1.e) de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores , en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; arts. 2 y 5 (números 1 y 3) del Código General de Conducta en los Mercados de Valores , aprobado por Real Decreto 629/1996 de 3 de mayo, sobre normas de conducta en los mercados de valores; apartado segundo, números 1 y 2, letras a), b) y c) de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del Código General de Conducta, reguladores de los deberes de información de las entidades financieras respecto de sus clientes; así como la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 , de 20 de enero de 2003 y 17 de abril de 2013 , sobre obligaciones de las entidades financieras»

2.- El segundo motivo del recurso de casación lleva este epígrafe en su inicio:

«Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3 de la LEC , infracción por inaplicación del artículo 1261 del Código Civil , regulador de la inexistencia de los contratos por ausencia del consentimiento y, subsidiariamente, infracción de los arts. 1265 y 1266, ambos del Código Civil , reguladores del error como vicio del consentimiento de los contratos, así como en ambos casos, infracción del art. 1303 del Código Civil , sobre restitución de las prestaciones; doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1995 y 10 de abril de 2001 ».

3.- En el primero de los motivos, la parte recurrente afirma, resumidamente, que dado el carácter de producto complejo que tiene el swap y la falta de formación y experiencia en este tipo de productos que tenían los contratantes, el banco tenía la obligación de informarse sobre el perfil y necesidades inversoras de los clientes y de facilitarles información clara y precisa sobre los riesgos, con antelación a la firma del contrato. Al no hacerlo, y al considerar la sentencia recurrida que la información facilitada por el director de la sucursal y el propio contrato era suficiente, se infringieron las normas citadas en el encabezamiento del motivo.

4.- En el segundo motivo, como consecuencia lógica de lo expuesto en el anterior motivo, se alega la existencia de error en el consentimiento pues los clientes creyeron contratar un producto de cobertura frente a una posible subida de los tipos de interés pero descubrieron posteriormente que se trataba de un contrato especulativo y de alto riesgo, que les supuso importantes pérdidas, por lo que, de modo excusable, incurrieron en un error obstativo, que al no ser apreciado por la Audiencia, se infringió el art. 1261 del Código Civil, o, subsidiariamente, en un error vicio del consentimiento, que al no ser apreciado supondría la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil.

5.- Como de modo constante ha venido haciendo la sala en estos casos, la estrecha relación que presentan ambos motivos 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, y 491/2015, de 15 de septiembre y las numerosas que le han seguido, hasta las sentencias 577/2016, de 30 de septiembre, y 595/2016, de 5 de octubre, entre las más recientes.

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, sustentadas por Banesto en su escrito de oposición al recurso, 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.

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, su carácter sustancial y excusable. Por tanto, no puede aceptarse la tesis de que la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de la información y la capacidad de la demandante para entenderla, por indicarse así en el contrato. Tampoco puede aceptarse que la impugnación de estas valoraciones jurídicas suponga hacer de este recurso una tercera instancia. La valoración de la adecuación de la información y la valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la capacidad del demandante para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación.

2.- El contrato cuya nulidad se solicita en la demanda fue concertado antes de que entrara en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, 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.

3.- 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 proporcionarle, 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.

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

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la 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 éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

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

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.

En primer lugar, 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 el Juzgado de Primera Instancia sí consideró relevante que no se hubiera facilitado a la demandante la información no confidencial, y hasta donde fuera necesario para decidir si contratar, sobre la más que posible existencia de liquidaciones negativas futuras y las previsiones de comportamiento de la variable. 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 de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

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 adecuaba «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 predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas 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, hasta la 577/2016, de 30 de septiembre, y todas las 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 predisuestas 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.

5.- 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.

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, ruinoso, a la vista del importe del notional.

Tal información no se suministra con un simple "aviso" como el transcrito en el primer fundamento. Como acertadamente afirmaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, 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.

Tal aviso no solo no se ha facilitado con la antelación suficiente, pues se contiene en el propio documento contractual, sino que además no contiene 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.

6.- 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 Juzgado de Primera Instancia afirma, y la Audiencia no contradice, que los demandantes no tenían conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo.

7.- 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, y 460/2014, de 10 de septiembre :

«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el



conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, 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.

8.- Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia 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.

9.- 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.

10.- 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.

Si bien es cierto que la calificación de error obstativo que la parte recurrente emplea en la primera parte del segundo motivo del recurso es incorrecta, no lo es la de error vicio en el consentimiento que emplea en la última parte, que es la que además cuadra en la argumentación desarrollada en dicho motivo, por lo que se ha producido la infracción del art. 1266 del Código Civil que invoca en dicho motivo de forma subsidiaria, pues la Audiencia consideró 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, lo que 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 que en presente caso no concurren (en especial, carácter experto del cliente).

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

11.- La estimación de los dos primeros motivos del recurso de casación relevan a la sala de resolver el último de los motivos formulados, puesto que la estimación de esos motivos determina la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial, la desestimación del recurso de apelación y la condena a la apelante Banesto al pago de las costas de esa instancia.

Dado que la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal supone la imposición de las costas a la parte recurrente que de modo infundado formuló ese recurso, debe recordarse que la propia dicción del art. 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita («[c]uando en la resolución que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la



asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido»), deja claro que el reconocimiento legal del derecho a la asistencia jurídica gratuita no supone que no pueda condenarse en costas al litigante titular de tal derecho, lo que deberá hacerse conforme a las normas generales sobre imposición de costas, sin perjuicio de las consecuencias que tal condena pueda conllevar.

SEXTO.- Costas.

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que deban imponerse las costas de tal recurso a la parte recurrente. La estimación del recurso de casación y consiguiente revocación de la Audiencia Provincial y desestimación del recurso de apelación, conlleva que no se haga expresa imposición de las costas del recurso de casación, y que se condene a Banesto al pago de las costas del recurso de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por la Asociación de consumidores Auge, en nombre de sus socios D. Severino y D.^a María Purificación , contra la sentencia núm. 112/2013, de 3 de abril, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 909/2012 . **2.º**- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos plenamente el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A contra la sentencia 132/2012 de 2 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrent , que confirmamos en sus propios términos. **3.º**- No procede imposición de las costas del recurso de casación. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Se condena a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación. 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.