



Roj: **STS 4617/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4617**

Id Cendoj: **28079110012015100607**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/10/2015**

Nº de Recurso: **615/2012**

Nº de Resolución: **549/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GI 37/2012,**
STS 4617/2015

SENTENCIA

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, han visto el recurso de casación interpuesto por la representación de "Banco de Santander, S.A.", representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, contra la sentencia dictada el dieciséis de enero de dos mil doce, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona, en el recurso de apelación núm. 588/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1714/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gerona, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida "Manuart, S.A.", representada ante esta Sala por la procuradora D^a María Carmen Azpeitia Bello.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- La procuradora D^a Rosa María Triola Vila, en nombre y representación de "Manuart, S.A.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco de Santander, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] acordando lo siguiente:

» 1º.- *La nulidad del contrato "Swap ligado a inflación" suscrito entre Manuart, S.A. y Banco Santander S.A, el 12 de junio de 2008.*

» 2º.- *La condena a Banco Santander S.A. a devolver a Manuart, S.A. la totalidad de liquidaciones cobradas en virtud del contrato denunciado, con más los intereses devengados desde su cobro hasta la devolución efectiva.*

» *Hasta el momento de Manuart, S.A., en virtud del contrato denunciado ha pagado 57.459,76 ? (liquidación de 16 de junio de 2009 por importe de 21.600,00 ?, más la liquidación de junio de 2010 de 35.859,76 ?), por tanto, en este momento, sin perjuicio de que Banco Santander S.A. deba ser condenado a la devolución de cuantas liquidaciones llegue a cobrar, ya interesamos que Banco Santander S.A. sea condenado expresamente a la devolución de la citada suma de 57.459,76 ?.*

» *Todo ello, junto con sus intereses desde el cobro de cada una de las liquidaciones, hasta su efectiva devolución. Estos, se fijan de forma prudencial, sin perjuicio de posterior liquidación, en 1.121,88 ?.*

» 3º.- *Asimismo, una vez declarada la nulidad del contrato objeto del presente pleito, solicitamos que se declare expresamente que Manuart S.A. no debe nada a Banco Santander, S.A. por la tardanza en el abono de la cuenta liquidada el 16 de junio de 2010.*

» 4º.- *Todo ello, imponiendo a la parte demandada las costas que se pudieran derivar del presente pleito».*



SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 20 de septiembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gerona y fue registrada con el núm. 1714/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D^a Carmen Peix Espigol, en representación de "Banco Santander, S.A", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«[...] dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».*

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gerona, dictó sentencia núm. 113/2011 de fecha trece de mayo de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva: *«Que desestimando la demanda interpuesta por Manuart, S.A. representada por el/ la Procurador/a Sra. Triola y asistida del/de la letrado/a Sra. Muñoz contra Banco Santander S.A. representado por la procurador/a Sra. Peiz y asistido/a del/de la letrado/a Sra. Vallbona debo absolver y absuelvo a esta de los pedimentos del escrito de demanda con imposición de costas a la parte actora».*

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Manuart, S.A." La representación de "Banco Santander, S.A." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona, que lo tramitó con el número de rollo 1714/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 12/2012 en fecha dieciséis de enero de dos mil doce , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad Manuart, S.A. y revocamos la Sentencia de fecha 13 de mayo de 2011 del Juzgado nº 3 de Girona dictada en proceso de procedimiento ordinario núm. 1714/10, y en su virtud:

- »1.- Declaramos la nulidad del contrato suscrito el 12 de junio de 2008.*
- » 2.- Condenamos al Banco de Santander S.A. a devolver a la entidad demandante Manuart, S.A. las liquidaciones cobradas en virtud de dicho contrato con más los intereses devengados desde su cobro hasta su efectiva devolución.*
- » 3.- Declaramos que la demandante nada debe a la demandada por la tardanza en el abono de la cuota liquidada el 16 de junio de 2010.*
- » 4.- Imponemos las costas de primera instancia a la entidad bancaria demandada, sin mención de las ocasionadas por el recurso dada su estimación».*

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora D^a Carmen Peix I Espigol, en representación de "Banco Santander, S.A.", interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla».

Segundo.- Al amparo del art. 477.2.2º LEC , por infracción del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en ese artículo. Todo ello, en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ».

Tercero.- Al amparo del art. 477.2.3º LEC , por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas. Existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002 , 9 de mayo de 2005 , 25 de septiembre de 2006 y 27 de septiembre de 2007 ».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha ocho de octubre de dos mil trece, cuya parte dispositiva es como sigue : *«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco de Santander, S.A., contra la sentencia dictada*



en segunda instancia, el 16 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 588/2011. Dimanante del juicio ordinario nº 1714/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gerona.

»Dese traslado por el Secretario de la Sala del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida en este rollo, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».

OCTAVO- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

NOVENO.- Por providencia de 30 de junio de 2015, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de septiembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- La entidad demandante, Manuart, S.A. (en lo sucesivo, Manuart), concertó en junio de 2008 con la demandada "Banco Santander, S.A." (en lo sucesivo, Banco Santander o el banco) un contrato de swap ligado a la inflación, con un nocional de 600.000 euros, en el que el intercambio de flujos consistía en que la demandante debía abonar al banco anualmente un 3,6% fijo de dicho nocional, y el banco debía abonar a la demandante la cantidad que resultara de aplicación al nocional del tipo de inflación.

En 2009 resultó una liquidación negativa para la demandante de 21.600 euros, tras lo que, ante las protestas de Manuart, Banco Santander le ofreció cancelar el swap mediante el pago de 205.605 euros para lo que le ofrecía un préstamo, cancelación que no se llevó a cabo. En 2010 resultó otra liquidación negativa para Manuart de 35.660 euros.

Manuart interpuso demanda contra Banco Santander en septiembre de 2010 en la que solicitaba que se declarara la nulidad del contrato de swap por error vicio del consentimiento y que se le restituyeran las liquidaciones pagadas como consecuencia del contrato.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que Banco Santander facilitó a la demandante la información adecuada a la naturaleza y riesgos del contrato y a las características de la sociedad, por lo que excluyó la existencia del error.

3.- Manuart interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Esta consideró que la información no había sido adecuada, no se había realizado el test de idoneidad, por lo que no se habían cumplido las exigencias de la normativa sobre el mercado de valores, y apreció la existencia de error invalidante del consentimiento, por lo que revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó la demanda.

4.- Banco Santander ha interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, basado en tres motivos.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación.

1.- El epígrafe que encabeza este motivo tiene el siguiente tenor: « Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento cuando no se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la Jurisprudencia que los desarrolla ».

2.- El motivo se fundamenta por la recurrente argumentando que la sentencia de la Audiencia realiza una interpretación del error invalidante contraria a la aplicación restrictiva del concepto que mantiene la jurisprudencia, y confunde la existencia de defectos en la información precontractual con el error vicio del consentimiento, sin justificar los requisitos necesarios para que este sea invalidante.

Se alega asimismo que el supuesto error se produjo después de firmar el contrato, por el acaecimiento de un riesgo que venía clara y expresamente establecido en el clausulado del contrato litigioso.

También basa la recurrente el motivo en que la sentencia no analiza ni explica la concurrencia del requisito de la excusabilidad, pues el error podía haber sido evitado estudiando mínimamente la información facilitada y comprobando si las promesas realizadas por la contraparte eran ciertas.



Y, por último, alega la recurrente que la sentencia de la Audiencia no habría analizado la existencia de un nexo causal entre el error y la formalización del contrato, pues solo se realizan suposiciones y deducciones ausentes de prueba.

TERCERO.- Decisión de la Sala. El error en la contratación de productos y servicios de inversión.

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión de sus deberes de información al cliente, impuestos por la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, de Pleno, en las sentencias num. 384/2014 y num. 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, y 110/2015 de 26 de febrero, y otras posteriores.

Por tanto, la sentencia recurrida no es, por el hecho de apreciar la concurrencia de error vicio del consentimiento, contraria a la jurisprudencia que aprecia la nulidad de los contratos sobre productos complejos de inversión, como es el caso del llamado "swap", cuando el incumplimiento por la empresa de inversión de los deberes de información que le impone la normativa reguladora del mercado de inversión ha determinado el error sustancial y excusable del cliente que no es profesional de dicho mercado.

No se trata por tanto de que exista una jurisprudencia restrictiva o amplia sobre esta cuestión, se trata de determinar en cada caso si concurren los requisitos exigidos para considerar que el error invalidó el consentimiento y procede o no la anulación del contrato, teniendo en cuenta las especialidades propias de este campo de la contratación.

2.- La alegación de que el error de la demandante se produjo con posterioridad a la celebración del contrato parte de una base fáctica diferente de la establecida en la sentencia recurrida, por lo que incurre en el vicio casacional de petición de principio. El error declarado en la sentencia se produjo cuando se emitió el consentimiento contractual, si bien se puso de manifiesto cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, se materializaron los riesgos inherentes al contrato suscrito (abultadas liquidaciones negativas y un elevado coste de cancelación) y sobre los que la sentencia afirma que no se informó adecuadamente a la demandante. Es evidente que el conocimiento del error ha de ser siempre posterior a la celebración del contrato y normalmente tal conocimiento se producirá por el acaecimiento de un hecho negativo para el contratante que sufrió el error, en este caso, las abultadas liquidaciones negativas en contra del cliente.

La Audiencia Provincial afirma que Banco Santander no sometió a Manuart al test de idoneidad exigido por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, no se aseguró por tanto de que el swap concertado fuera el producto adecuado para el cliente, ni de que este hubiera entendido correctamente su naturaleza, costes y riesgos, pues el hecho de que en la contratación del producto interviniera un administrador de la demandante y la persona encargada de contabilidad, licenciada en empresariales, no significa que fueran personas expertas en la contratación de productos financieros complejos.

3.- Tampoco es correcta la afirmación de que no se justifica adecuadamente el requisito de la excusabilidad del error, pues la sentencia recurrida lo hace derivar del incumplimiento por el banco del deber de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores y el carácter no profesional de la demandante.

Ciertamente, no es afortunada la afirmación de la sentencia en el sentido de que « [s]i nos atuviéramos a dicha doctrina [la doctrina general de la contratación del Código Civil], el contrato suscrito por ambas partes debería ser declarado válido y eficaz, sin embargo, tales principios que rigen la contratación civil en general han venido siendo sustituidos por una legislación especial que en atención a una de las partes contratantes o en atención a la naturaleza jurídica del contrato, o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra [...] ». Tampoco lo es la afirmación de que los parámetros del art. 1261 del Código Civil han sido sustituidos por la legislación especial del mercado de valores.

Pero puestas en relación con lo que se afirma en otros pasajes, tales afirmaciones deben ser entendidas en el sentido de que en este tipo de contratos de inversión sobre productos complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para 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 y excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento.



Dijimos en las sentencias de Pleno num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 460/2014, de 10 de septiembre , y 769/2014 de 12 enero de 2015 , que el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.

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. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 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.

4.- Tampoco se considera correcta la afirmación de la recurrente en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haber adoptado iniciativas para despejar el error y este podía haber sido evitado estudiando mínimamente la información facilitada y comprobando que las promesas realizadas por la contraparte eran ciertas.

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 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.

La Audiencia Provincial califica la redacción del condicionado general del contrato de "ininteligible", y ciertamente lo es para una persona que no tenga conocimientos expertos en este tipo de productos financieros complejos.

Por tanto, es exigible que Banco Santander hubiera facilitado una información clara, detallada e imparcial sobre el producto que ofertó al cliente, que la Audiencia Provincial niega que se facilitara.

5.- En el caso objeto del recurso, el relato fáctico sentado en la sentencia recurrida muestra que no se ofreció al cliente un producto ajustado a su perfil, pues ni siquiera se le sometió al test de idoneidad, y que el cliente no recibió la información exigida en la normativa a que se ha hecho referencia, lo que le provocó un error de carácter sustancial al versar sobre la naturaleza y riesgos del producto, que ha de considerarse excusable por ser obligación del banco recurrente haber informado adecuadamente.

Que el cliente sea una sociedad mercantil e intervinieran en la contratación uno de los administradores y la persona encargada de la contabilidad, no exonera al banco de sus obligaciones de información, pues se trataba de un cliente minorista de acuerdo con la clasificación prevista en la normativa MiFID y, como indica



la Audiencia Provincial en su sentencia, no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, incluso los propios del departamento de contabilidad; son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo no fue excusable.

6.- Tampoco es correcta la afirmación de que la sentencia no justifica la existencia del nexo causal entre el error y la formalización del contrato, puesto que de la sentencia se deriva claramente que fue Banco Santander quien, incumpliendo sus deberes de información, indujo a Manuart a contratar un producto financiero complejo y arriesgado e inadecuado a su perfil. Es lo que algunas sentencias de esta Sala han calificado como "error heteroinducido".

CUARTO.- Formulación del segundo motivo de casación.

1.- El segundo motivo se desarrolla bajo este epígrafe: « *Al amparo del art. 477.2.º LEC, por infracción del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, ya que la sentencia recurrida considera incumplidos los deberes de información contenidos en ese artículo. Todo ello, en relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil* ».

2.- La infracción de este precepto se habría producido, fundamentalmente, porque se afirma que Banco Santander incumplió la obligación de informar sobre las previsiones de evolución de la variable económica a la que está vinculado el contrato (la evolución de los tipos de interés cuando se trata de un swap de intereses, y, en este caso, la evolución de la inflación).

QUINTO.- Decisión de la Sala. Información a suministrar al cliente al que se ofrece la concertación de un contrato de swap.

1.- El argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la falta de información al cliente sobre la previsión de evolución de los tipos de interés (en realidad, en este caso se trataría de la evolución de la inflación, a la que estaba ligado el swap) puede considerarse como un argumento de refuerzo respecto de los que constituyen la parte fundamental de la sentencia recurrida, que consisten en que no se determinó el perfil del cliente a fin de ofrecerle un producto idóneo y adecuado a sus necesidades, y no se le informó correctamente sobre la naturaleza, costes y riesgos del swap.

Por tanto, aunque el argumento que hace referencia a la falta de información sobre la evolución prevista de la variable económica a la que se ligaba el contrato fuera incorrecto, esta circunstancia carecería de trascendencia porque subsistiría la argumentación fundamental en que se basan los pronunciamientos combatidos en el recurso de casación.

2.- Banco Santander solicita expresamente que la Sala se pronuncie sobre el alcance del deber de información que el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores impone a las empresas que comercializan contratos de swap. Solicita que se declare que los deberes informativos en la comercialización de las permutas de tipos de interés no incluyen la obligación de facilitar una previsión futura de evolución del índice de referencia con el que está relacionado.

Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio, y 110/2015, de 26 de febrero, lo relevante en estos casos no es si la información que la empresa de servicios de inversión había de facilitar a su cliente debía incluir o no la previsión de evolución de la variable económica a la que se vinculaba el swap, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso. Hemos añadido en la sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre, que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés (que era en ese caso la variable económica utilizada), e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

3.- Ahora bien, junto con lo anterior, como hemos declarado ya en la sentencia núm. 535/2015, de 15 de octubre, debe precisarse que como consecuencia del deber de información « *imparcial, clara y no engañosa* » que el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores impone a las empresas de inversión (y que también resultaba de la normativa existente con anterioridad), existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor.



En primer lugar, 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, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Debe también informarle 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 magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia 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 dicho anteriormente, 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 y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, de una cuantía considerable.

También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso.

Estas informaciones no fueron facilitadas a Manuart, con lo cual esta no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- El tercer motivo del recurso se encabeza así: « *Al amparo del art. 477.2.3º LEC, por inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas. Existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2002, 9 de mayo de 2005, 25 de septiembre de 2006 y 27 de septiembre de 2007* ».

2.- Las razones que se exponen para fundamentar el motivo son, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia que afirma que la contravención de normas imperativas o administrativas no implica necesaria y automáticamente la nulidad de los actos o contratos.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Falta de base del motivo.

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no anula el contrato por aplicación del art 6.3 del Código Civil, sino por la concurrencia de error vicio del consentimiento, que era la causa alegada en la demanda.

La infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error. Y así se ha hecho en la sentencia recurrida, pese a que algunas de sus afirmaciones puedan haber incurrido en cierta imprecisión.

2.- El motivo se basa en una premisa incorrecta y por tanto debe ser desestimado.

OCTAVO .- Costas y depósito.

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

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

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 12/2012 de fecha dieciséis de enero de dos mil doce, dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Primera, en el recurso de apelación núm. 588/2011.



2.- Imponer a la expresada recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.-Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ