



Roj: **STS 4305/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4305**

Id Cendoj: **28079110012016100586**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **1666/2013**

Nº de Resolución: **579/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3366/2013,**
STS 4305/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 30 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 165/2013 de 3 de junio dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1299/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia, sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad. El recurso fue interpuesto por Montajes Integrales Valencia S.L. y Calcher Grup Mobiliari, S.L., representados por el procurador D. Luis Fernando Granados Bravo y asistidos por el letrado D. Ignacio Lloret Gómez de Barreda. Es parte recurrida Banco Español de Crédito, S.A. (actualmente Banco Santander S.A.), representado por la procuradora D.ª Cayetana Natividad de Zulueta Luchsinger y asistido 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. Carlos Javier Aznar Gómez, en nombre y representación de Montajes Integrales Valencia, S.L. y Calcher Grup Mobiliari, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] mediante la que, previa estimación íntegra de la demanda:

» 1. Declare la nulidad del contrato denominado "sobre operaciones financieras" de fecha 23 de julio de 2008 y de la "Orden de Contratación de Producto Derivado: Permuta de Tipos de Interés con Posible Cancelación Anticipada" relacionada con el mismo, todo ello acompañado como documento 1, y, consiguientemente, la nulidad de las liquidaciones trimestrales practicadas por la entidad demandada a resultas de dicha relación contractual, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas, con más los intereses legales devengados por las mismas desde las fechas en la que se hizo efectivo el pago o cobro.

» 2. Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 27 de julio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia y fue registrada con el núm. 1299/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Carlos Díaz Marco en representación de Banco Español de Crédito, S.A. presento escrito proponiendo declinatoria por falta de competencia territorial. El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de



los de Valencia, dictó auto con fecha 28 de octubre de 2011 declarándose competente para conocer del procedimiento 1299/2011.

El procurador D. Carlos Díaz Marco en representación de Banco Español de Crédito, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia, dictó sentencia núm. 262/2012 de fecha 23 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda formulada por las entidades Montajes Integrales Valencia, S.L. y Calcher Grup Immobiliari (sic), S.L. contra la entidad Banco Español de Crédito, S.A. debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera, "swap", suscrito en fecha 23 de julio de 2008, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, consistente en el reembolso por la entidad bancaria de las cantidades desembolsadas por las demandantes, más los intereses legales desde que se hicieron los cargos en cuenta, sin perjuicio de su compensación con los abonos que las actoras hubieren percibido con motivo de la precipitada operación.

» Todo ello, con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales causadas en el presente juicio».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Español de Crédito, S.A. La representación de Montajes Integrales Valencia, S.L y Calcher Grup Mobiliari, S.L. se opusieron al recurso.

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 114/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 165/2013 en fecha 3 de junio, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación promovido por la representación de Banco Español de Crédito, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Valencia de 23 de noviembre de 2012, que revocamos.

» Desestimamos la demanda formulada por la representación de Montajes Integrales Valencia SL y Calcher Grup Immobiliari (sic), S.L contra Banco Español de Crédito, S.A. a la que absolvemos de los pedimentos contra ella deducida, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante.

» Respecto de las costas de la apelación, cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

» Se acuerda la restitución del depósito constituido para recurrir».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Carlos J. Aznar Gómez, en representación de Montajes Integrales Valencia S.L. y Calcher Grup Mobiliari, S.L., interpuso recurso de casación, basado en el siguiente motivo:

«Único.- Infracción legal de los arts. 1261, 1265, 1266 y 1300 CC en relación con los arts. 7 y 1258 del CC, 57 Código de Comercio, 79 y 79-bis LMVA y 72, 73, 74 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero.»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella, compareciendo ambas. Banco Santander, S.A., al personarse ante la Sala, presentó escrito en el que formulaba su oposición a la admisión del recurso, por concurrir diversas causas de inadmisión. Se dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016, que admitió el recurso de casación.

3.- Se dio traslado del recurso a Banco Santander, S.A., como sucesor procesal de Banco Español de Crédito, S.A., para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Las demandantes, Montajes Integrales Valencia, S.L. (en adelante, Montajes) y Calcher Grup Mobiliari, S.L. (en adelante, Calcher) son sociedades dedicadas a la fabricación y comercialización de mobiliario. En julio



de 2008 suscribieron un contrato de swap con Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo, Banesto), que actualmente es Banco Santander, S.A., para lo cual suscribieron unos documentos denominados «contrato sobre operaciones financieras» y una «orden de contratación de producto derivado: permuta de tipos de interés con posible cancelación anticipada». El swap contratado tenía un nominal o nocional de un millón de euros y un plazo de cinco años. El contrato sustituyó a otros previos de los años 2006 y 2007, que se fueron cancelando sucesivamente a medida que aumentaba la financiación de las demandantes, y se aumentaba el nominal del swap. Los swaps fueron ofrecidos por Banesto a las demandantes, y constituían requisitos para que Banesto les otorgara la financiación que solicitaron.

Tras algunas liquidaciones positivas de escasa cuantía (2.038,88 euros), comenzaron a producirse liquidaciones negativas por cuantías considerables (70.316,09 euros).

Tras solicitar infructuosamente a Banesto la anulación del contrato y la restitución de las liquidaciones e intentar un acto de conciliación al que no compareció Banesto, Montajes y Calcher presentaron una demanda en la que solicitaron la declaración de nulidad del contrato de swap y la restitución recíproca de las cantidades percibidas por las partes con base en dicho contrato.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Consideró que el swap contratado es un contrato de naturaleza especulativa. Al no coincidir su nominal con el riesgo financiero de las demandantes, desaparecía su finalidad de cobertura. Declaró también que el riesgo al que se exponían los clientes era mayor pues el banco limitaba su riesgo reservándose una facultad de cancelación anticipada unilateral.

Afirmaba la sentencia que se trataba de un contrato muy complejo que exigía para conocer sus consecuencias reales poseer información muy compleja y una capacidad de cálculo financiero complejo, como es el caso del precio de la cancelación anticipada.

La información, según el Juzgado, fue deficitaria, pues no se sometió al cliente a ningún test que permitiese conocer la idoneidad del producto, lo que no podía presumirse por contrataciones previas, y no se aportaron folletos informativos o croquis explicativos, resaltando el contrato la importancia de la información precontractual en esta contratación.

La sentencia concluyó que la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del banco, que este estaba obligado a proporcionar al cliente, acerca de las características del producto contratado, determinó la existencia de un error excusable sobre la esencia del negocio.

3.- Disconforme con esta sentencia, Banesto la apeló, y la Audiencia Provincial estimó su recurso.

La Audiencia Provincial, aunque afirmó que estos contratos de swaps son contratos complejos que no pueden ser siquiera ofertados a quienes no reúnen el perfil adecuado, consideró irrelevante que no se hubiera aportado un test de conveniencia, puesto que con anterioridad los demandantes habían concertado contratos análogos en un momento temporal en el que no era de aplicación la normativa MiFID, y «la parte demandante suscribió que no se había producido alteración de las circunstancias respecto de sus conocimientos anteriores».

La Audiencia Provincial dio por sentado, por las declaraciones del representante de una de las demandantes y de un empleado del banco, que la firma del contrato constituía un requisito necesario para que Banesto concediera la financiación solicitada por las demandantes.

Consideró que las sociedades demandantes tenían el carácter de cliente experto pues habían suscrito sendos contratos de swap con Banesto en 2006 y 2007, así como con BBVA. Además, el administrador de una de las sociedades había ostentado cargos de gestión en otras, y tenían contratado para el departamento que mantenía los contactos con los bancos a un economista que reconoció que por sus estudios conocía los contratos de permuta financiera si bien reconoció no haber leído los contratos, afirmando su complejidad y falta de comprensión.

Declaró también la Audiencia que el administrador de una de las sociedades demandantes manifestó que los empleados de Banesto le explicaron que el contrato era una cobertura frente a la subida de los tipos de interés y que leyó los contratos, si bien no los entendió, aunque sí entendió las explicaciones que le habían sido dadas, por lo que admitió haber cometido un error al haberlos firmado sin haberse asesorado más, lo que la Audiencia Provincial valoraba como no constitutivo de error sobre la naturaleza, contenido y alcance del contrato.

De todo lo cual la Audiencia Provincial concluyó que no concurrían los requisitos para que el error pudiera considerarse excusable y, por tanto, suficiente para anular el contrato.

4.- Las demandantes han interpuesto recurso de casación basado en un motivo.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso de casación. Desestimación de las causas de inadmisión.*



1.- El motivo de casación se formula con este encabezamiento:

«Infracción legal de los arts. 1261 , 1265 , 1266 y 1300 CC en relación con los arts. 7 y 1258 del CC , 57 Código de Comercio, 79 y 79-bis LMVA y 72 , 73 , 74 Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ».

2.- El motivo se desarrolla mediante extensas alegaciones. En síntesis, las recurrentes consideran infringida la normativa específica que, como consecuencia del desequilibrio de conocimientos entre los contratantes, impone a las entidades de crédito un deber de informar respecto de los instrumentos de inversión y los productos complejos y de alto riesgo, de someter a sus clientes al test de idoneidad o de conveniencia para comprobar los conocimientos del cliente sobre el producto ofrecido, y de abstenerse de ofrecer el producto si no obtiene esa información, destacando el carácter de producto derivado y complejo del contrato de swap.

La información correcta sería un elemento determinante en la correcta prestación del consentimiento y se encuadraría entre los deberes precontractuales del banco frente a sus clientes minoristas. Destacan las recurrentes la necesidad de informar sobre el riesgo de liquidaciones mensuales negativas en caso de evolución bajista de los tipos de interés y del contenido de la facilidad y coste de la cancelación. Tal información debe suministrarse en la fase precontractual.

Esa obligación de información por parte del banco supondría una excepción a la carga de informarse sobre el contenido del contrato que pesa sobre los clientes y les libera de la carga de informarse externamente.

La Audiencia Provincial infringiría estos preceptos legales al considerar que no cabía apreciar falta de experiencia en la contratación porque con anterioridad las demandantes habían contratado sendos swaps con Banesto y BBVA en los dos años inmediatamente anteriores, porque intervino un economista en plantilla de las demandantes y porque el administrador de una de las demandantes tenía cargos de gestión en otras sociedades.

Y, por último, se habría producido la infracción al no considerar excusable el error porque el representante de una de las demandantes admitió que le habían facilitado explicaciones sobre el producto, consistentes en que era una cobertura frente a la subida de los tipos de interés, y porque firmó el contrato sin comprender su contenido, confiado en las explicaciones del director de la sucursal y sin buscar asesoramiento ajeno. Ello solo podía suponer que se trataba de un inversor confiado, no de un inversor experto.

3.- Las alegaciones sobre la inadmisibilidad del recurso hechas por Banesto al personarse ante esta sala fueron desestimadas al dictarse el auto de admisión del recurso. La sala ya ha fijado criterio rechazando estos excesos de rigor formal en la alegación de causas de inadmisión que no presenten el carácter de "absolutas" en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), asumido también en sentencias posteriores, como las 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , y 331/2016, de 19 de mayo . Tal criterio es de plena aplicación a las alegaciones realizadas por la recurrida en este caso.

TERCERO.- *Decisión de la sala. El error vicio en la contratación de productos financieros complejos. Los deberes de información de la entidad bancaria y su incidencia en el error vicio.*

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" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. 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 del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 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 , 195/2016, de 20 de marzo , 331/2016, de 19 de mayo , 496, de 15 de julio, y 509/2016, de 20 de julio , entre otras muchas.

No encontramos en este caso razones para apartarnos del criterio sentado en estas sentencias.

2.- Como afirmábamos en la sentencia 595/2015, de 30 de octubre , posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre estas



y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

3.- Cuando se suscribió el contrato cuya nulidad se solicitó en la demanda, estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que la desarrolla.

Ya la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID («Markets in Financial Instruments Directive», Directiva 2004/39/EC) recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia.

4.- Así pues, cuando se concertó el contrato cuya nulidad se solicita, las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que, además, las empresas que operan en estos mercados deben proporcionar a sus clientes «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, establece con más concreción:

«En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- »a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- »b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- »c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- »d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.



Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008 que las entidades financieras:

«deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- » a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- » b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- » c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como dijimos en nuestra sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), la entidad bancaria lleva a cabo un servicio de asesoramiento financiero cuando el contrato de swap es ofrecido por la entidad financiera al cliente como un producto financiero adecuado en tanto que podía paliar el riesgo subida de los tipos de interés.

5.- Partiendo de los propios hechos considerados acreditados, no puede considerarse que la entidad financiera hubiera cumplido los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato de swap. Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala.

6.- Hemos dicho en anteriores resoluciones 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 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 que en el supuesto de que bajaran los tipos de interés, el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior al que habría tenido de no haber contratado la operación. No se trata de que Banesto pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, pero sí que debería haber ofrecido al cliente una información completa, suficiente y comprensible sobre el alcance real de las posibles consecuencias de la fluctuación no solo al alza, sino también a la baja, de los tipos de interés, así como de los costes de la cancelación anticipada.

7.- El hecho de que las clientes sean sociedades mercantiles, que uno de los administradores tuviera cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario (en este caso, del sector de la fabricación y venta de mobiliario) sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , y 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, 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, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

Tampoco puede considerarse que se tratara de un cliente experto por el hecho de haber suscrito algunos contratos de swap en las fechas inmediatamente anteriores, a la vista de que los mismos eran impuestos por la entidad bancaria como requisito para obtener financiación y no se acredita que en la contratación de los

swaps en fechas anteriores se suministrara la información adecuada que en este caso faltó. Como alegan las recurrentes, de esas circunstancias puede derivarse su calificación como clientes confiadas, pero no como clientes expertas.

El hecho de que en la plantilla de las demandantes hubiera un economista, en cuyo currículum universitario se incluyera el estudio de las permutas financieras, tampoco excluye el carácter excusable del error. La sentencia afirma que este empleado reconoció que no leyó el contrato, al que calificó de complejo e incomprensible. En la sentencia 633/2015, de 13 de noviembre, 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, 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, citada por las recurrentes, 673/2015, de 9 de diciembre, y 496/2016, de 15 de julio.

8.- La Audiencia Provincial consideró suficiente la propia redacción del contrato, que contenía un aviso sobre los riesgos, y atribuyó a la parte demandante la actuación que excluye el carácter excusable del error al firmar un contrato que no comprendía y no haber solicitado asesoramiento externo.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

9.- Banesto incumplió sus deberes de información, lo que determinó que mientras el cliente creía contratar una cobertura frente a subidas del Euribor, el riesgo que acaeció y que supuso un grave quebranto patrimonial para el cliente fue el de bajada del tipo de interés, puesto que estaba concertando un contrato aleatorio en el que solo resultaba protegido si el Euribor subía, lo que suponía una apuesta sobre la evolución del Euribor, sobre la que existía una clara asimetría informativa entre el banco y el cliente, y que iba a provocarle graves pérdidas como consecuencia de la bajada del Euribor.

10.- La normativa reguladora de la contratación de estos productos financieros exige a la empresa de inversión que suministre a sus clientes una información imparcial. Sin embargo, Banesto no informó al cliente de que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían 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, o la entidad a la que este sirve de intermediario, 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.

Banesto tampoco informó a los clientes sobre cuál era 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 en sentencias anteriores, 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. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

11.- 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, de una cuantía considerable. Banesto tampoco lo hizo, pues el aviso sobre el riesgo de la operación no constituye una información clara y suficiente sobre este extremo, estando redactada en términos difícilmente inteligibles, además de no ser entregada con la antelación suficiente a la concertación del contrato, puesto que se encuentra en el documento contractual. Las clientes resultaron sorprendidas por unas liquidaciones negativas abultadas, en relación con el importe del nocional contratado y con las liquidaciones positivas recibidas durante un breve periodo, de cuya posibilidad no se les había advertido adecuadamente.

12.- También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso y al que hemos dado la relevancia de elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante.

13.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada del índice de referencia y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

Hemos declarado 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 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, 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. Como declaramos en las sentencias de Pleno 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 suministrarla 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.

Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el error es inexcusable puesto que el cliente firmó sin comprender el contrato y sin



acudir a asesoramiento externo. 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 y formular las correspondientes preguntas o buscar asesoramiento externo. 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, en este caso el banco del que es cliente, no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente y con suficiente antelación.

14.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de inversión citados en el recurso, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banesto a las demandantes y considerar asimismo que estas clientes resultaron adecuadamente informadas a la vista de su carácter empresarial y experiencia, así como el art. 1266 del Código Civil, cuando entendió que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

15.- Las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Banesto había cumplido sus obligaciones, a que no hubo una infracción de los deberes de información por su parte y a que no existió un error sustancial y excusable, no constituyen propiamente afirmaciones de naturaleza fáctica, sino valoraciones jurídicas, que se revelan incorrectas pues de la base fáctica de la que parte la sentencia recurrida, que no modifica sustancialmente la dictada en primera instancia, resulta suficientemente claro que Banesto no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarse sobre el perfil y las necesidades del cliente e informarle adecuadamente sobre los principales riesgos del producto.

No se realizó el test de idoneidad exigido al realizar el banco una labor de asesoramiento, al ser quien ofreció el contrato al cliente como el producto que le convenía, y mediante una fórmula estereotipada y predispuesta el cliente manifestó no haberse producido ninguna novedad respecto de los datos e informaciones previamente suministrados respecto de sus conocimientos, experiencia financiera, objetivos de inversión y situación financiera, cuando no solo no consta que tal información hubiera sido suministrada a las demandantes previamente, sino que la Audiencia reconoce que los anteriores contratos se habían suscrito en un momento en que no era preceptiva la realización de los test de idoneidad o de conveniencia.

No se suministró al cliente, con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente, en concreto el riesgo de abultadas liquidaciones negativas en caso de bajada significativa del tipo de interés tomado como referencia y el coste de cancelación.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sin necesidad de resolver los restantes motivos del recurso de casación.

CUARTO.- *Costas y depósito.*

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las ocasionadas por el recurso de casación y que condenemos 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.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Montajes Integrales Valencia S.L y Calcher Grup Mobiliari, S.L., contra la sentencia núm. 165/2013 de 3 de junio, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 114/2013. **2.º-** Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito, S.A., hoy Banco Santander, S.A., contra la sentencia núm. 262/2012, de 23 de noviembre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia, que confirmamos, condenando a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación. **3.º-** No procede imposición de costas del recurso de casación. Devuélvase a las recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ