



Roj: **STS 3465/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3465**

Id Cendoj: **28079110012016100479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2016**

Nº de Recurso: **547/2013**

Nº de Resolución: **496/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 5699/2012,**
STS 3465/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 461/2012, de 18 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 782/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, sobre nulidad contractual. El recurso fue interpuesto por Semper Ballester, S.L., representada por el procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo y asistida por el letrado D. Lorenzo Gutiérrez Puértolas. Es parte recurrida el Banco Santander, S.A., representada por la procuradora D.^a Cayetana Natividad 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. Ignacio Aznar Gómez, en nombre y representación de Semper Ballester, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que se declare la ineficacia o nulidad del Contrato sobre Operaciones Financieras (IRS ó SWAP con Referencia relacionada: 3602798) con restitución a la reclamante, en su caso, por parte de Banco Español de Crédito, SA del importe de los daños y perjuicios ocasionados hasta la fecha por dicho producto, más los intereses que legalmente correspondan condenando al demandado a pagar a mi mandante la cantidad resultante de ello, más la cantidad correspondiente en concepto de intereses legales desde la fecha de los diferentes cargos en cuenta, y procesales en los términos previstos por los artículos 1.108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta su efectivo pago. Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad bancaria demandada».

2.- La demanda fue presentada el 20 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, y fue registrada con el núm. 782/2011. 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 (Banesto), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dictar sentencia por la que con estimación de la excepción planteada proceda a desestimar la demanda o -subsidiariamente- entrando en el fondo de la cuestión se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte demandante en ambos supuestos».



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, dictó sentencia núm. 128/2012 de fecha 30 de mayo , con la siguiente parte dispositiva:

- «1.- Desestimo la demanda presentada por "Semper Ballester, S.L." contra "Banco Español de Crédito, S.A.".
- » 2.- Condeno a la demandante a pagar las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Semper Ballester, S.L. La representación del Banco Español de Crédito, S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 645/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 461/2012 en fecha 18 de diciembre , cuya parte dispositiva dispone:

«Desestimamos el recurso de apelación presentado por la representación de la entidad Semper Ballester, SL contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Valencia de 30 de mayo de 2012 , que se confirma, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en la alzada y la declaración de pérdida del depósito constituido para recurrir en apelación».

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

1.- El procurador D. Ignacio Aznar Gómez, en representación de Semper Ballester, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Vulneración de las normas reguladoras del contenido del deber de información de las entidades bancarias a los clientes con lo que contrata. No reconocimiento de la eficacia de la Directiva 2004/39/CE y de la jurisprudencia que interpreta el efecto directo de las directivas comunitarias. Arts. 78 y 79 Ley de Mercado de Valores . Art. 48 Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y Real Decreto 626/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios».

«Segundo.- Vulneración del contenido del art. 1266 del Código Civil y de la Jurisprudencia que los interpreta y desarrolla. Vulneración de los artículos 1266 , 1271 y 1274 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta».

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC . Infracción de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba atinente al vicio en el consentimiento. Declaración testifical del Sr. Jose Ignacio . Infracción del artículo 376 LEC ».

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC . Infracción de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba atinente al error en el vicio del consentimiento. Documental: información aportada por la entidad bancaria: escasez, confusión, tergiversación de la realidad. Infracción del art. 326 LEC .»

«Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC . Infracción de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba documental y pericial de esta parte: inidoneidad del producto, contratado para el verdadero fin buscado por el demandante, inexistencia de causa. Infracción de los artículos 326 y 348 LEC .»

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 4 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la mercantil Samper (sic) Ballester, S.L. contra la sentencia dictada, el 18 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 645/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 782/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Valencia.

» 2.º Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, 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 ».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida Banco de Santander como sucesora 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 7 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- La entidad Semper Ballester, S.L. (en lo sucesivo, Semper Ballester) interpuso demanda contra Banco Español de Crédito, S.A. (en lo sucesivo, Banesto), que actualmente es Banco Santander, S.A., en la que se solicitaba la anulación del contrato de swap firmado el 28 de noviembre de 2007, que le había generado liquidaciones negativas por importe de 115.618,31 euros, y para cuya cancelación le habían solicitado 400.000 euros, porque el contrato no respondía a las características ofertadas. Afirmaba la demandante que no había sido advertida de los riesgos del producto, concretamente los que se asociaban a la bajada de los tipos de interés, no se le habían dado ejemplos claros de los diversos escenarios posibles, ni se le informó sobre las condiciones de la cancelación. Sus administradores carecían de los conocimientos necesarios para poder valorar el producto y no se le realizó el test de conveniencia. Por ello, concluía que había existido error que viciaba el consentimiento y en el que basaba la solicitud de anulación del contrato, con las consiguientes consecuencias restitutorias.

Banesto se opuso a la demanda y afirmó que la demandante es una empresa con una elevada cifra de negocio cuyos representantes conocieron y entendieron el producto, asesorados por su director financiero, y sería imputable a la demandante no haber contado con el asesoramiento necesario.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Declaró que la normativa que trasponía la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros (en lo sucesivo, Directiva MiFID) no era aplicable pues entró en vigor en una fecha posterior a la celebración del contrato, por lo que no podían entenderse infringidos los deberes establecidos en esta norma.

Para rechazar la existencia de error sustancial y excusable que viciara el consentimiento y determinara la nulidad del contrato, el Juzgado tuvo en cuenta que la demandante contaba con un asesor financiero que admitió ser licenciado en ciencias empresariales, el contrato contaba con un aviso sobre los riesgos según el cual el cliente era consciente de que el tipo fijo pagado por él en algún periodo de cálculo puede ser superior al tipo variable recibido y por ello puede acabar teniendo un coste financiero superior al comparado con la alternativa de no haber contratado la operación, y se le entregó un folleto que mostraba que podía haber liquidaciones positivas y negativas. Rechazó también el Juzgado que existiera dolo, pues no se había demostrado que Banesto conociera cuál iba a ser la evolución de los tipos de interés, ni conflicto de intereses.

Por último, no dio tampoco trascendencia a la falta de información sobre las condiciones de cancelación, pues tal cuestión no debía haber pasado desapercibida al economista que asesoraba a la demandante, y además, al tratarse de un aspecto accesorio del contrato, el error sobre este extremo no podía determinar su anulación.

3.- La demandante apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

El tribunal de apelación rechazó la existencia de error vicio del consentimiento debido al contenido del aviso de riesgos del contrato y del folleto, a que hacía referencia la sentencia apelada, y a la intervención en el proceso de contratación del director financiero de la entidad demandante.

Consideró asimismo que la normativa MiFID había sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico tras la celebración del contrato.

Y entendió que el informe del Banco de España indicaba que el contrato cumplía los requisitos necesarios para ser considerado un producto de cobertura conforme a la Ley 36/2003.

4.- La demandante ha interpuesto recurso de casación en base a dos motivos, y recurso extraordinario por infracción procesal, en base a tres.

Aunque los recursos han sido formulados en el orden expuesto, procede examinarlos en orden inverso, por preverlo así el apartado 1.6º de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos.*

1.- Los epígrafes que encabezan los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal tienen el siguiente tenor:



«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC . Infracción de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba atinente al vicio en el consentimiento. Declaración testifical del Sr. Jose Ignacio . Infracción del artículo 376 LEC .»

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC . Infracción de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba atinente al error en el vicio del consentimiento. Documental: información aportada por la entidad bancaria: escasez, confusión, tergiversación de la realidad. Infracción del art. 326 LEC .»

«Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.4 LEC . Infracción de derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE . Derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba documental y pericial de esta parte: inidoneidad del producto, contratado para el verdadero fin buscado por el demandante, inexistencia de causa. Infracción de los artículos 326 y 348 LEC .»

2.- Los tres motivos se basan en la infracción del art. 24 de la Constitución por errores en la valoración de las pruebas, en concreto, de la testifical del asesor financiero Don. Jose Ignacio (motivo primero), de la documental consistente en el contrato y en el folleto informativo (motivo segundo), y de dicha documental, del informe del Banco de España y del informe pericial aportado por la recurrente con su demanda (tercer motivo).

TERCERO.- *Decisión de la sala. Desestimación del motivo. Inexistencia de vulneración del art. 24 de la Constitución .*

1.- Alegar que un tribunal ha infringido el art. 24 de la Constitución porque el litigante perdedor considera, como por otra parte es comprensible, que la solución dada al litigio no es acertada, supone la banalización de un derecho fundamental como es el art. 24 de la Constitución .

Es reiterada la jurisprudencia constitucional que afirma que no puede equipararse la pérdida del litigio (que ineludiblemente ha de producirse para alguna de las partes) con la vulneración de tal derecho fundamental.

2.- La disconformidad que la recurrente muestra en su recurso se refiere principalmente a cuestiones de valoración jurídica, no fáctica. La claridad del contrato, la suficiencia de la información contenida en el folleto entregado antes de la conclusión del contrato, la exclusión de error excusable por la existencia de un licenciado en empresariales en el departamento financiero y contable de la empresa, la idoneidad del producto para las necesidades del cliente o su ajuste a las características ofertadas, no son cuestiones de naturaleza fáctica, sino jurídica. Por tal razón, la discrepancia del litigante con las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación sobre tales extremos pueden ser planteadas (y de hecho lo son en este caso) en el recurso de casación, pero no pueden ser formuladas en el recurso extraordinario por infracción procesal como constitutivas de un error en la valoración de la prueba.

Tal error, por otra parte, solo puede tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal en casos excepcionales de error patente y notorio, y no, como parece pretender la recurrente, cuando las conclusiones del tribunal o cuando la selección que este hace de los elementos probatorios que le parecen relevantes, no cuadren con sus intereses.

3.- Es doctrina reiterada por esta sala la que afirma que, en nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

La selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida, pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial.

Y, con especial relevancia en este caso, la valoración jurídica del contenido de algunos documentos, como es el caso del contrato concertado por las partes y del folleto informativo, o de la trascendencia que tiene la intervención del director financiero de la demandante, son cuestiones ajenas a la valoración de la prueba, por tener la naturaleza de valoraciones jurídicas y no fácticas, por lo que no pueden ser cuestionadas al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Recurso de casación.

**CUARTO.- Formulación del recurso.**

1.- El primer motivo de casación se encabeza así:

«Vulneración de las normas reguladoras del contenido del deber de información de las entidades bancarias a los clientes con lo que contrata. No reconocimiento de la eficacia de la Directiva 2004/39/CE y de la jurisprudencia que interpreta el efecto directo de las directivas comunitarias. Arts. 78 y 79 Ley de Mercado de Valores . Art. 48 Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y Real Decreto 626/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios».

2.- Los argumentos que la recurrente expone para fundamentar el motivo son, sintéticamente y en lo que resulta relevante, que la Audiencia Provincial consideró que se cumplieron los deberes de información a los que se encontraba obligada la entidad bancaria según la legislación vigente cuando se concertó el contrato sin entrar a valorar ni interpretar la Directiva MiFID y su ley de trasposición.

Alega la recurrente que conforme a la normativa anterior a la transposición de la Directiva MiFID (concretamente, los antiguos arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores y 4 y 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), el legislador pretendía que el banco informase adecuadamente a sus clientes, que valorase lealmente su conocimiento y experiencias y que les informase de las previsiones y riesgos. Y que la Directiva MiFID vino a detallar con exhaustividad y a explicitar de qué forma se ha de informar, asesorar o vender productos financieros por las entidades a sus clientes para asegurarse de que reciben la suficiente información a fin de poder elegir el producto de inversión con conocimiento de causa, imponiéndoles la clasificación de los clientes en función de sus características, así como una especial protección a los minoristas, de manera que solo mediante el cumplimiento específico de estas obligaciones puede entenderse que el cliente contrata el producto complejo con pleno conocimiento de sus características y riesgos. Tales obligaciones, añade la recurrente, vienen impuestas teniendo en cuenta el conflicto de intereses entre banco y cliente, como en el swap, en que cuando el cliente gana, el banco pierde, y viceversa, aunque no en la misma proporción. Por ello, si la contratación del swap entre Banesto y Semper Ballester se hubiera examinado bajo la normativa anterior pero interpretada a la luz de las nuevas exigencias de la Directiva MiFID, se habría considerado producido el incumplimiento del deber de información.

La recurrente incide en el hecho de que el contrato fue concertado en un momento, noviembre de 2007, en que la Directiva MiFID debía haber sido ya traspuesta, por lo que la misma goza de eficacia interpretativa y los tribunales deben interpretar el Derecho nacional vigente a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva no traspuesta. Por ello, afirma que la Audiencia «sin violentar en modo alguno la normativa vigente en noviembre de 2007, debiera haber acudido al criterio interpretativo de dicha norma para determinar el correcto cumplimiento de los deberes de la entidad bancaria y por ende, la cumplida formación de la voluntad del demandante».

Continúa afirmando la recurrente, citando resoluciones de diversas Audiencias Provinciales, que al cliente se le informó sobre lo obvio (que el resultado podía ser positivo o negativo) pero no se le hicieron simulaciones en atención a diversas contingencias de los tipos de interés, ni se le informó sobre qué ocurriría en caso de una resolución anticipada del swap. Por tanto, bajo el criterio interpretativo de la nueva normativa, la información facilitada a la demandante sobre los riesgos y operativa del contrato y sobre la cláusula de cancelación no debía haber sido considerada suficiente para excluir el error.

3.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Vulneración del contenido del art. 1266 del Código Civil y de la Jurisprudencia que los interpreta y desarrolla. Vulneración de los artículos 1266 , 1271 y 1274 del Código Civil y jurisprudencia que los interpreta».

4.- La infracción legal denunciada vendría motivada porque mientras Banesto conocía los riesgos de bajada de los intereses y las consecuencias que se podrían producir sobre el contrato, la demandante no estaba advertida, lo que determinaría un error esencial, sobre las condiciones que fueron el motivo de su celebración, pues el contrato no servía para que se diera estabilidad a los riesgos, pues solo cubría el de subida de tipos, no el de bajada. El contrato tenía por objeto un negocio de inversión o especulación, que no era lo publicitado, ofrecido e informado por el banco ni lo deseado por el cliente, pues estaba contratando un producto de alto riesgo.

5.- La estrecha relación entre las cuestiones planteadas en uno y otro motivo (la insuficiencia e incorrección de la información facilitada y el error invalidante que ello trajo consigo) determina que deban ser resueltos conjuntamente.



QUINTO.- *Decisión de la sala. El error vicio en la contratación de productos financieros complejos. Los deberes de información de la entidad bancaria. La eficacia de la Directiva MiFID en el periodo en que debía haber sido traspuesta.*

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, y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras.

2.- La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, 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 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a tales clientes (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, 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 información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Por tal razón, la afirmación que se hace en la instancia en el sentido de que cuando se suscribió el contrato de swap entre las partes no se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MiFID puede justificar que no se apliquen los requisitos formales introducidos por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, o que no se utilicen las categorías legales establecidas en la misma (por ejemplo, en la clasificación de los clientes), pero no puede servir para excusar a la entidad bancaria de cumplir un alto estándar de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información frente a sus clientes, tanto para recabar información sobre el perfil y necesidades de dicho cliente como para transmitir a este la información suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrece, especialmente cuando se trata de un cliente no experto en productos financieros complejos.

3.- Por otra parte, la Directiva MiFID no solo se encontraba ya en vigor cuando se concertó el contrato, sino que había transcurrido ya el plazo de transposición de la misma.

En nuestra sentencia 244/2013, de 18 de abril, respecto de un contrato concertado cuando la citada Directiva se encontraba ya en vigor pero no había transcurrido el plazo de trasposición, afirmamos:

«Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la



Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

La influencia interpretativa de las Directivas es aún más considerable cuando ha transcurrido el plazo de trasposición sin que hayan sido transpuestas al Derecho interno. Lleva razón la recurrente cuando alega que la elevación en el nivel de protección del cliente que supone la citada Directiva debe ser utilizada como criterio hermenéutico en la interpretación de la normativa interna, para obtener el fin útil de la Directiva no transpuesta en plazo. Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 11 de julio de 1996, caso *MPA Pharma GmbH contra Rh ône-Poulenc Pharma GmbH*, declaró:

«En primer lugar, es Jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48 ; de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89 , Rec. p. I- 4135, apartado 6, y de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92 , Rec. p. I-3325, apartado 20). Sin embargo, según esta jurisprudencia, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado perseguido por esta y atenerse así al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE ...»

4.- La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores 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 ». Estas obligaciones de las empresas de inversión son reforzadas y formalizadas por la posterior Directiva MiFID.

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. 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 ».

5.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características del producto financiero complejo que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea 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 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, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, 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 los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), 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 veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

6.- Pues bien, la Audiencia Provincial, tanto en los argumentos que expone en su sentencia como cuando asume los expuestos por el Juzgado de Primera Instancia, no aplica el elevado nivel de exigencia en cuanto a la información a facilitar por la entidad bancaria a su cliente que resulta de tales normas.

El contrato de swap es un contrato complejo y de riesgo, difícil de entender para quien no sea un contratante experto en este tipo de productos financieros. Tanto el escueto folleto entregado antes de contratar el swap como el contenido de este contrato, y en concreto de su aviso de riesgos, contienen una información que no cumple los estándares exigentes de la normativa reguladora del mercado de valores. 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, interpretadas conforme a la letra y la finalidad de las Directivas mencionadas, 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. No se trata de que Banesto pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los costes de la cancelación anticipada, con ilustración sobre los diversos escenarios posibles, y en concreto, con el consistente en una bajada drástica del tipo de interés de referencia, que podía provocar abultadas liquidaciones negativas para el cliente.

7.- El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil y que en su plantilla contara con un licenciado en ciencias empresariales que intervino en la contratación, 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 o la del licenciado en ciencias empresariales 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 , 651/2015, de 20 de noviembre , y 331/2016, de 19 de mayo , 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» (sentencias 676/2015, de 30 de noviembre , y 331/2016, de 19 de mayo).

En cuanto al "asesor" cuya intervención, según las sentencias de instancia, contribuiría a excluir la existencia de error, 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 pronunciamos en anteriores sentencias, como las 244/2013, de 18 de abril , y la 673/2015, de 9 de diciembre .



8.- En el presente caso, al igual que sucedió en el que fue objeto de la sentencia 331/2016, de 19 de mayo , con relación a la misma entidad bancaria, 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 al cliente 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.

Asimismo, debe informar sobre el alcance posible del coste de cancelación anticipada del contrato, mostrando diversos escenarios posibles, para que el cliente pueda conocer el alcance real del pago que puede verse obligado a realizar si, ante las perspectivas negativas del producto o por cualquier otra razón, desea cancelar anticipadamente el contrato.

9.- Todo lo cual lleva a la conclusión de que la ausencia de información adecuada y suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto complejo contratado y sobre el coste de cancelación anticipada determinó en la demandante, entidad mercantil no dedicada a la contratación de este tipo de productos complejos y sin perfil de contratante experta en este ámbito, un error sustancial e inexcusable que vició su consentimiento. Por tal razón, la acción de nulidad del contrato por error vicio debe estimarse, declarando la nulidad del contrato, con las consecuencias restitutorias impuestas por el art. 1303 del Código Civil .

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la condena del recurrente al pago de las costas de este recurso. La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las costas de este recurso. La revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación, que debe estimarse, y la estimación de la demanda que ello supone conlleva la condena a la demandada a las costas de la primera instancia. Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Semper Ballester, S.L., contra la sentencia 461/2012, de 18 de diciembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 645/2012 .

2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos estimar el recurso de apelación interpuesto por Semper Ballester, S.L., contra la sentencia 128/2012, de 30 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 782/2011, que se revoca y deja sin efecto; y en su lugar, estimando la demanda inicial del procedimiento, formulada por Semper Ballester, S.L. contra Banco Español de Crédito, S.A., actualmente Banco Santander S.A, declaramos la nulidad del "contrato sobre operaciones financieras" concertado entre las partes el 28 de noviembre de 2007, y condenamos a Banco Santander, S.A. a restituir a Semper Ballester, S.L. las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas al cliente durante la vigencia del contrato, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas, con los intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de percepción.



3.º- No procede hacer imposición de costas del recurso de casación, ni del recurso de apelación. Condenamos a Semper Ballester, S.L. al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Condenamos a Banco Santander, S.A. al pago de las costas de primera instancia. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ