



Roj: STS 321/2016 - ECLI:ES:TS:2016:321

Id Cendoj: 28079110012016100015

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 03/02/2016

Nº de Recurso: 2746/2012

Nº de Resolución: 20/2016

Procedimiento: CIVIL

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Leocasa Inversiones, S.A, representada por el procurador D. Jaime Briones Méndez, bajo la dirección letrada de D. Iván San Primitivo Arias, contra la sentencia dictada el 3 de julio de 2012 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León, en el recurso de apelación núm. 152/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 173/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León; sobre nulidad de contrato de permuta financiera (Swap). Ha sido parte recurrida BANCO SANTANDER, S.A., representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero** .- *Tramitación en primera instancia.*-

1.- La procuradora D<sup>a</sup> Beatriz Sánchez Muñoz, en nombre y representación de LEOCASA INVERSIONES, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que: «A) Se declare la nulidad de los contratos denominados "Documento de Confirmación de Permuta de Tipo de Interés" ("Swap") suscritos por BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. y LEOCASA INVERSIONES, S.A. el día 24 de julio de 2007, y que se acompañan a la presente demanda como documentos nº 4 y nº 5, con restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato, lo que supone la condena a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. al pago a LEOCASA INVERSIONES, S.A. de la cantidad de UN MILLON SETECIENTOS TRES MIL QUINIENTOS UN EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (1.703.501,81 €), por ser ésta la diferencia entre las liquidaciones giradas con cargo a una y otra entidad, cantidad que habrá de ser incrementada con el interés legal desde la interposición de la presente demanda y con el importe de cualquier otra liquidación que se cobre por la demandada durante la tramitación del presente proceso por concepto de tales contratos "Swaps".

B) Subsidiariamente, se declaren resueltos esos mismos contratos por incumplimiento de BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. de sus obligaciones legales y contractuales, condenándola a la indemnización de los daños y perjuicios causados a LEOCASA INVERSIONES, S.A., concretados en la cantidad de UN MILLON SETECIENTOS TRES MIL QUINIENTOS UN EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS (1.703.501,81€), por ser el desembolso que le han supuesto tales contratos, cantidad que también habrá de ser incrementada con el interés legal desde la interposición de la presente demanda y con cualquier otra cantidad que BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., perciba de la actora por concepto de tales contratos.

C) Más subsidiariamente aún y en términos de agotar los medios jurídicos de defensa de LEOCASA INVERSIONES, S.A., se declare CANCELADO con fecha 9 de julio de 2009 el "Swap" asociado al Crédito IVA, condenando a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. al reintegro de todas las liquidaciones cobradas con posterioridad a tal fecha (198.372,99 €), más el interés legal devengado desde la fecha de los pagos



de tales liquidaciones; y se declare CANCELADO ANTICIPADAMENTE a instancia de la actora y con fecha de presentación de esta demanda el "Swap" asociado al Crédito SINDICADO.

D) Se condene a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. al pago de las costas devengadas, y ello en el caso de estimación de cualquiera de las acciones subsidiarias unas de otras ejercitadas en esta demanda.»

2.- La demanda fue presentada el 1 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León y fue registrada con el núm. 173/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D<sup>a</sup> María Lourdes Díez Lago, en representación de BANCO SANTANDER, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «Se dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León dictó sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Beatriz Sánchez Muñoz en nombre y representación de la entidad mercantil Leocasa Inversiones, S.A. contra el Banco Santander Central Hispano, S.A., debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de los documentos bajo la denominación de confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap de tipo de interés) de 24 de julio de 2007, y confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap bonificado 3x3 con barrera knock-In) de 24 de julio de 2007, con restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato, CONDENANDO a la entidad bancaria demandada a pagar a la entidad actora la cantidad de 1.703.501,81 euros, por ser la diferencia entre las liquidaciones giradas con cargo a una y otra entidad, más las cantidades que se carguen en sus cuentas desde la fecha de la demanda hasta que el dictado de la sentencia en virtud de las liquidaciones que se vayan produciendo como consecuencia del contrato, más los intereses que legalmente correspondan de las cantidades cargadas desde la fecha de sus respectivos cargos, con imposición de las costas a la parte demandada por la estimación de la demanda».

**Segundo.-** *Tramitación en segunda instancia.-*

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO SANTANDER, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León, que lo tramitó con el número de rollo 152/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS:

Que estimando como estimamos el recurso de apelación planteado por la Procuradora D<sup>a</sup> M. Lourdes Díez Lago en nombre y representación del BANCO SANTANDER S.A., contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de León, en el Juicio Ordinario seguido con el nº 173/11, debemos revocar y revocamos dicha resolución, absolviendo libremente a la entidad apelante, sin que proceda hacer condena en costas en relación a ninguna de las instancias.

Se acuerda devolver a la apelante el depósito constituido para interponer el recurso de apelación».

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

6.- La procuradora D<sup>a</sup> Beatriz Sánchez Muñoz, en representación de Leocasa Inversiones, S.A. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero .- Motivo 2º del apartado 1 del art. 469 de la L.E.C por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, concretamente del art. 218.1 de la L.E.C

Segundo.- Motivos 2º y 4º del apartado 1 del art. 469 de la L.E.C por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia con trascendencia constitucional por conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva ( art.24 de la Constitución Española ), concretamente del artículo 218.1 de la L.E.C .

Tercero.- Motivo 4º del apartado 1 del art.469 de la L.E.C por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española .»

Los motivos del recurso de casación fueron:



«Primero.- Infracción del artículo 2.3 del Código Civil por aplicación retroactiva de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que Modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Segundo.- Infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y la Jurisprudencia que los desarrolla, en relación con el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (redacción vigente a 24 de julio de 2007) y los artículos 4 y 5 del Código General de Conducta obrante al Anexo del Real Decreto 629/1.993, de 13 de mayo.

Tercero.- Infracción por inaplicación del artículo 1.124 del Código Civil relativo a la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento imputable a una de las partes.

Cuarto.- Infracción del artículo 1.091 del Código Civil en relación con las cláusulas de los contratos de crédito, Marco de Operaciones Financieras y de Permuta Financiera de Tipos de Interés o "SWAPS" suscritos entre las partes el 24 de julio de 2007; concretamente: Cláusula 9.1 del "CREDITO IVA", Anexo I, apartado 12 del Contrato Marco de Operaciones Financieras; y Anexos de los contratos "SWAP" relativos a la facultad de cancelación anticipada.»

7.- 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 9 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

1. No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Leocasa Inversiones, SA contra la sentencia dictada, el 23 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª), en cuanto a los motivos primero y segundo formulado en el escrito de interposición.

2. No admitir el recurso de casación interpuesto por dicha parte litigante contra la indicada sentencia, en cuanto a los motivos tercero y cuarto formulados en el escrito de interposición.

3. Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por dicha parte litigante contra la indicada sentencia en cuanto al motivo tercero del escrito de interposición.

4. Admitir el recurso de casación formulado por dicha parte litigante contra la indicada sentencia en cuanto a los motivos primero y segundo del escrito de interposición».

8.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

9.- Por providencia de 30 de noviembre 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 día 14 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- Resumen de antecedentes .-**

1.- La compañía mercantil "Leocasa Inversiones, S.A.", promotora inmobiliaria y constructora, resultó adjudicataria en el año 2006 de un contrato público para la construcción de un aparcamiento subterráneo y edificio comercial y hotelero en el complejo hospitalario de León. Para la financiación de las obras, suscribió el 24 de julio de 2007 un crédito sindicado con diversas entidades financieras, entre ellas "Banco Santander, S.A.", por importe máximo de 34.000.000 €.

1.1.- El mismo día 24 de julio de 2007, "Leocasa" y "Banco Santander" suscribieron un segundo contrato de crédito, por importe máximo de 4.000.000 €, cuya finalidad era financiar el IVA del contrato constructivo antes indicado.

1.2.- Simultáneamente a la celebración de los mencionados contratos de crédito, "Leocasa" y "Banco Santander" celebraron dos contratos de permuta financiera:

a) Un contrato denominado "swap de tipos de interés", asociado al crédito sindicado, con iguales fechas de inicio y vencimiento, con un tipo fijo para el cliente del 5,05%.



b) Un contrato denominado "swap bonificado 3 x 3 con barrera knock-in, asociado al crédito para el abono del IVA, con un tipo fijo para el cliente del 4,8% si el Euribor 3M era igual o inferior al 5,50%, o un interés variable equivalente al Euribor 3M menos 0,20%, si tal índice era superior al 5,50%.

1.3.- Como resultado de la aplicación de los contratos de swap, "Leocasa" hubo de abonar liquidaciones negativas por importe de 1.703.501,81 €.

2.- En enero de 2011, "Leocasa Inversiones, S.A." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba: 1) La declaración de nulidad de los contratos suscritos entre las partes antes mencionados, por error en el consentimiento, con restitución de las prestaciones; 2) Subsidiariamente, la resolución de tales contratos por incumplimiento de la entidad bancaria, con indemnización de daños y perjuicios; 3) Subsidiariamente, la cancelación de los contratos de swap.

3.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) La contratación de los swap fue forzada, ya que se estableció como condición para la concesión de los créditos solicitados por la parte actora; y se firmaron como contratos estándar no negociados; (ii) No se ha acreditado qué tipo de información se le dio al cliente y si la misma fue suficiente. No consta que el cliente fuera informado de las consecuencias de una evolución a la baja de los tipos de interés, ni de su repercusión concreta en las liquidaciones periódicas, ni que podía concretarse en cantidades muy elevadas. Tampoco consta que se informara del coste de cancelación; (iii) Los contratos suscritos tiene un carácter aleatorio y altamente especulativo, lo que acentúa el deber de información de la entidad financiera; (iv) El consentimiento del cliente estuvo viciado por error. Razones por las cuales estimó la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el mismo fue estimado por la Audiencia Provincial, conforme a las siguientes y resumidas consideraciones: (i) "Leocasa" no reúne las condiciones para ser calificada como cliente minorista, sino que tiene el carácter de cliente profesional; (ii) En la negociación de los contratos participaron diversos profesionales que asesoraron a la actora, como un asesor financiero, un importante despacho de abogados y un asesor técnico; (iii) En los documentos contractuales figuran las características de los contratos y sus posibles riesgos; (iv) Como consecuencia de ello, no cabe considerar que hubiera un error excusable que viciara el consentimiento. En su virtud, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

**Segundo.- Recurso extraordinario por infracción procesal.-**

*Planteamiento :*

De los tres motivos formulados por "Leocasa Inversiones, S.A.", solo fue admitido el tercero, que se propuso al amparo del art. 469.1.4º LEC , en relación con el art. 24 CE , al adolecer la sentencia recurrida de irracionalidad en su argumentación y en la apreciación y valoración de las pruebas.

*Decisión de la Sala :*

1.- En nuestro sistema procesal civil, como regla general, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTS 101/2011, de 4 de marzo , y 263/2012, de 25 de abril -. No obstante, 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. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero , que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad ( Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984 , 91/1990 , 81/1995 , 142/1999 , 144/2003 , 192/2003 , 276/2006 , 64/2010 y 138/2014 ; y de esta Sala 635/2012, de 2 de noviembre , 223/2015, de 29 de abril , y 313/2015, de 21 de mayo , entre otras muchas). En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a fijar los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que el cliente estaba en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas del producto financiero contratado y que prestó un consentimiento no viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.



2.- En el presente caso, lo que se impugna no es propiamente la valoración de la prueba que se hace en la sentencia recurrida, sino la valoración jurídica que realiza la misma sobre dos extremos esenciales: el carácter de cliente minorista de la entidad recurrente y el asesoramiento y la información que recibió antes de firmar los contratos de swap; lo que, a su vez, tiene también una base netamente jurídica, que es la aplicación al caso de la normativa MiFID. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, "No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial".

3.- Consecuentemente, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado, sin perjuicio de la revisión de tales consideraciones jurídicas que proceda al resolver el recurso de casación.

**Tercero.- Recurso de casación.-**

**Primer motivo :**

*Planteamiento :*

1.- Se enuncia al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción del art. 2.3 del Código Civil, por aplicación retroactiva de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que, dado que los contratos litigiosos se firmaron el 24 de julio de 2007, todavía no estaba en vigor la Ley 47/2007, y que en la normativa anterior no se distinguía entre clientes minoristas y profesionales. Ante dicha falta de distinción, no cabe aplicar presunción legal alguna, sino que habrá de valorarse si "Leocasa" tenía la experiencia necesaria para la suscripción de productos financieros complejos y si tuvo acceso a la documentación e información precisas para conocer los productos que suscribió.

*Decisión de la Sala :*

1.- Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la 2004/39/CE, la 2006/73/CE y la 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*), que creó un marco jurídico único armonizado, en toda la Unión Europea, para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

2.- Uno de los ámbitos en los que la reforma legal supuso mayores modificaciones fue en el de las normas de conducta contenidas en el Título VII de la LMV y en su desarrollo reglamentario. Desde un punto de vista material, la trasposición de la normativa MiFID conllevó, en general, un endurecimiento de las exigencias que deben cumplir las entidades que prestan servicios de inversión frente a sus clientes minoristas en cuanto a normas de conducta, tales como las obligaciones de conocer al cliente y de informarle, el registro de contratos o las obligaciones relativas a la gestión de órdenes y la política de mejor ejecución, si bien la norma permite conceder un nivel de protección y un trato distinto dependiendo de la categoría a la que cada cliente pertenezca.

Respecto del aspecto concreto de categorización del cliente, antes de la reforma las entidades tenían que ofrecer un trato homogéneo y cumplir las mismas normas de conducta respecto de todos sus clientes, independientemente del nivel de conocimientos o experiencia que tuvieran. Por el contrario, la Ley 47/2007, introduciendo un nuevo art. 78 bis en la LMV, las obliga a clasificar al cliente en tres categorías: cliente minorista, cliente profesional y contraparte elegible, a los efectos de dispensarles distintos niveles de protección. El cliente minorista es la categoría residual, en la que hay que clasificar a quienes no puedan ser considerados clientes profesionales o contrapartes elegibles (o hayan pedido no ser tratados como tales). Al cliente minorista se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta. El cliente profesional es aquél al que se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de



inversión y valorar correctamente sus riesgos; por tal motivo, se le puede otorgar un menor nivel de protección, en particular, respecto de la obligación de conocerlo o de facilitarle información. Tienen la consideración de clientes profesionales las entidades financieras y demás personas jurídicas que, para poder operar en los mercados financieros, hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea, los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, y los empresarios que cumplan ciertas condiciones en cuanto a volumen del activo, cifra anual de negocio o recursos propios, los inversores institucionales y aquellos otros que lo soliciten, renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas y satisfagan ciertos requisitos relacionados con su experiencia y conocimientos.

3.- Como quiera que cuando se firmaron los contratos de swap objeto de litigio no estaba en vigor el mencionado art. 78 bis LMV, ni las entidades financieras tenían, por tanto, que ofrecer un diferente nivel de información según el tipo de cliente (minorista o profesional), la sentencia recurrida erró al aplicar dicho precepto -fundamento jurídico segundo- y al tomar en consideración el carácter supuestamente no minorista del cliente a la hora de enjuiciar el nivel de información ofrecido y sus consecuencias sobre el error en la prestación del consentimiento contractual y su excusabilidad. Lo que debe conducir a la estimación de este primer motivo de casación, si bien sus consecuencias habrán de enlazarse con las propias del examen del segundo, al estar íntimamente ligados.

### **Segundo motivo :**

#### *Planteamiento :*

Se formula al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con el art. 79 de la LMV, en su redacción vigente a la fecha de suscripción de los contratos, y los arts. 4 y 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 19 de mayo .

#### *Decisión de la Sala :*

1.- Dado que en el motivo se hace mención expresa a la jurisprudencia de esta Sala sobre el error en el consentimiento, hemos de advertir que sobre dicho vicio en los contratos de permuta financiera o swap existe ya un reciente y abundante cuerpo de doctrina dictada por esta Sala, representado por las Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, 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 ; 689/2015, de 16 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; y 742/2015, de 18 de diciembre . Las cuales, puede afirmarse que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

2.- Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap ( Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11 , "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A."-, y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014 ), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones -crédito sindicado y crédito para financiar un pago de impuestos ligado a la operación matriz financiada-, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Como decíamos en la Sentencia nº 563/2015, de 15 de octubre: «Según declaró esta Sala en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene



su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que... se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento. De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3). Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto».

4.- Por otra parte, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable a ambos contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y 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, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«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.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, no puede considerarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la sentencia de apelación no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara al cliente de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, partiendo de una premisa errónea (la disminución del deber de información, por no ser cliente minorista), presume sin fundamento que al haber existido una negociación intensa de toda la operación de financiación, tuvo que haber información, y que los anexos de los contratos eran suficientemente explicativos. Pese a mantener como probado que los contratos de swap no se entregaron al cliente hasta el mismo momento de su firma y que los propios empleados del banco reconocieron que en una operación de tanta cuantía lo que se trataba era de cubrir el riesgo, tanto de la entidad como del cliente, pero sin que afirmaran que se informó sobre lo que podría suceder si los tipos de interés bajaban.

Como hemos dicho, el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor 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 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, "*esa ausencia de información permite presumir el error*". Lo determinante 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 como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que "Banco Santander, S.A." 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 elevados costes de la cancelación anticipada.

6.- El banco prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

7.- Por estas razones, en relación con este producto complejo, "Banco Santander, S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Y no solo no se aseguró de que "Leocasa Inversiones, S.A." reunía las condiciones precisas para la suscripción de los contratos de permuta financiera, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo, hasta el punto de inducir a error a dicho cliente sobre los verdaderos riesgos del producto, enlazando así las obligaciones de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, con las consecuencias invalidantes del contrato a tenor de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia, que estableció dos premisas básicas que la Audiencia no valoró correctamente: (i) La contratación de los swap fue forzada, ya que se estableció como condición para la concesión de los créditos solicitados por la parte actora; y se firmaron como contratos estándar no negociados; (ii) No se ha acreditado qué tipo de información se le dio al cliente y si la misma fue suficiente.

8.- Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Además, a la entidad financiera se le imponen específicas obligaciones informativas, tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la Sentencia de 13 de febrero de 2007, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Como afirmamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son 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 requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.





9.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar también el segundo motivo del recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de primera instancia, que ha de ser confirmada.

**Cuarto.- Costas y depósitos.-**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Del mismo modo, la estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a "Banco Santander, S.A." las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

3. - Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Y la devolución del constituido para el recurso de casación (apartado 8 de la misma disposición).

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

**FALLAMOS**

1.- DESESTIMAR el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil "Leocasa Inversiones, S.A." contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 152/12 .

2.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "Leocasa Inversiones, S.A." contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 152/12 .

3.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 284/2011, de 19 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de León , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 173/11, que confirmamos íntegramente.

4.- Imponer a "Leocasa Inversiones, S.A." las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- Imponer a "Banco Santander, S.A." las costas del recurso de apelación.

6.- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

7.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del realizado para el recurso extraordinario de infracción procesal.

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 Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.