



Roj: **STS 1322/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1322**

Id Cendoj: **28079110012016100194**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/03/2016**

Nº de Recurso: **3398/2012**

Nº de Resolución: **195/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 4388/2012,**
STS 1322/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L. y Grafiques Ducal S.L., representadas ante esta Sala por el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, contra la sentencia núm. 375/2012, de 29 de octubre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 450/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 721/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gandía (anteriormente Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7), sobre nulidad de varios contratos de permuta financiera. Ha sido parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya, S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D^a. Ana María Llorens Pardo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ramón Juan Lacasa, en nombre y representación de D. Adolfo , Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L., Grafiques Ducal S.L. y Moradis S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«a) Se declare la nulidad de los contratos suscritos entre mis mandantes y la entidad crediticia demandada y que se han aportado como documentos números 1 al 11 de la presente demanda, relacionados en el hecho segundo del relato fáctico de la misma, por concurrir vicio en el consentimiento prestado por mis patrocinados, estimando que el consentimiento prestado no fue válido, o alterativamente declare la citada nulidad contractual por vicio en el consentimiento motivado por error derivado de una nula o cuanto menos defectuosa información sobre el producto por parte de la entidad crediticia demandada obligada a efectuarlo, y, subsidiariamente se declare la nulidad del contrato derivado de la infracción de la normativa vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios, por considerar que los contratos de adhesión documentos 1 a 11 aportados a la demanda, conculcan de manera generalizada la misma y concurren en la esencia del mismo la existencia de cláusulas abusivas y desproporcionadas que perjudican gravemente los derechos e intereses de los usuarios clientes, todo ello de conformidad con los hechos y fundamentación jurídica de la presente demanda que aquí se deja por reproducida.

b) Que como consecuencia de la declaración de nulidad de los referidos contratos se declare que ambas partes deben proceder a restituirse mutuamente las prestaciones habidas desde el inicio de la vigencia de los



contratos de cada uno de los demandantes hasta la firmeza o ejecución de la Sentencia, y en consecuencia y de manera individualizada y por la nulidad de los efectos económicos derivados de los mismos se condene a la entidad crediticia demandada a abonar a mis mandantes las siguientes cantidades:

1.- A DON Adolfo , (en su nombre propio) deberá serle abonada la cantidad de MIL SETECIENTOS SESENTA EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS (1.760,91 ?), en compañía de sus intereses, así como las que con posterioridad a las que se relacionan y documentan en la presente demanda pudieran practicarse por la entidad crediticia demandada, y hasta la fecha de firmeza o ejecución en su caso de la Sentencia que se dicte en las presentes actuaciones.

2.- A la mercantil GRAFIQUES DUCAL, SOCIEDAD LIMITADA, deberá serle abonada la cantidad de TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (3.435,55 ?), así como las que con posterioridad a las que se relacionan y documentan en la presente demanda pudieran practicarse por la entidad crediticia demandada, y hasta la fecha de firmeza o ejecución en su caso de la Sentencia que se dicte en las presentes actuaciones.

3.- A la mercantil GENTE DE LA SAFOR EDITORIAL, SOCIEDAD LIMITADA deberá serle abonada la cantidad de ONCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (11.296,85 ?), así como las que con posterioridad a las que se relacionan y documentan en la presente demanda pudieran practicarse por la entidad crediticia demandada, y hasta la fecha de firmeza o ejecución en su caso de la Sentencia que se dicte en las presentes actuaciones.

4.- A la empresa "POMPES FÚNEBRES GUIXA, SOCIEDAD LIMITADA", deberá serle abonada la cantidad de DOCE MIL DOSCIENTOS TREINTA EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (12.230,52 ?), así como las que con posterioridad a las que se relacionan y documentan en la presente demanda pudieran practicarse por la entidad crediticia demandada, y hasta la fecha de firmeza o ejecución en su caso de la Sentencia que se dicte en las presentes actuaciones.

5.- A la sociedad "HOSTELERÍA BORRAS LLORET, SOCIEDAD LIMITADA", deberá serle abonada la cantidad de NUEVE MIL CIENTO VEINTITRÉS EUROS OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS (9.123,85 ?), en compañía de sus intereses, así como las que con posterioridad a las que se relacionan y documentan en la presente demanda pudieran practicarse por la entidad crediticia demandada, y hasta la fecha de firmeza o ejecución en su caso de la Sentencia que se dicte en las presentes actuaciones.

6.- Y a la sociedad "MORADIS, SOCIEDAD LIMITADA", deberá serle abonada la cantidad de DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y SIETE CÉNTIMOS (2.755,47 ?), en compañía de sus intereses, así como las que con posterioridad a las que se relacionan y documentan en la presente demanda pudieran practicarse por la entidad crediticia demandada, y hasta la fecha de firmeza o ejecución en su caso de la Sentencia que se dicte en las presentes actuaciones.

c) Y se condene a la entidad crediticia demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SOCIEDAD ANÓNIMA, al pago de las costas procesales causadas por resultar estas preceptivas.»

2.- La demanda fue presentada el 24 de mayo de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gandía y fue registrada con el núm. 721/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D^a Ana María Tomás Alberola, en representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se dicte sentencia en su día por la que, bien tras la estimación de las excepciones propuestas y en caso de ser la de la indebida acumulación de acciones tras las consecuencias de su estimación en la Audiencia Previa, o en caso contrario y sin perjuicio de las reservas que en su caso pueda hacer esta parte en tal supuesto, absuelva en todo caso a mi parte de la demanda, condene a los actores a estar y pasar por ello y al pago de las costas del presente proceso.»

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gandía, dictó sentencia núm. 260/2011 de fecha 12 de diciembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por don Adolfo , Grafiques Ducal, S.L., Gente de la Safor Editorial, S.L., Pompes Fúnebres Guixa, S.L., Hostelería Borrás Lloret, S.L. y Moradis, S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

»1) Debo declarar y declaro:

»*La nulidad de los contratos suscritos por don Adolfo con BBVA, S.A. con fecha 13 de diciembre de 2007 (contrato Stockpyme III Cap. número NUM000) y del contrato suscrito el 27 de febrero de



2009 (contrato Stockpyme I Bonificado número NUM001) por error en el consentimiento con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad y en especial la anulación de los cargos y abonos practicados a consecuencia de los contratos declarados nulos debiendo la demandada estar y pasar por dicho pronunciamiento.

»*La nulidad de los contratos suscritos por Grafiques Ducal, S.L. con BBVA, S.A. con fecha 27 de febrero de 2007 (contrato Stockpyme II tipo fijo número NUM002), del contrato suscrito con fecha 27 de febrero de 2007 (contrato Stockpyme II bonificado número NUM003) y del contrato suscrito el 30 de julio de 2007 (contrato Stockpyme I bonificado número NUM004) por error en el consentimiento con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad y en especial la anulación de los cargos y abonos practicados a consecuencia de los contratos declarados nulos debiendo la demandada estar y pasar por dicho pronunciamiento.

»*La nulidad de los contratos suscritos por Gente de la Safor Editorial, S.L. con BBVA, S.A. con fecha 27 de marzo de 2007 (Stockpyme I Bonificado operación de cobertura número de solicitud de contrato NUM005), del contrato suscrito el 29 de marzo de 2007 (contrato Stockpyme I bonificado operación de cobertura con numero de solicitud NUM006) y del contrato suscrito el 24 de octubre de 2008 (Stockpyme I Bonificado operación de cobertura con numero de contrato NUM007) por error en el consentimiento con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad y en especial la anulación de los cargos y abonos practicados a consecuencia de los contratos declarados nulos debiendo la demandada estar y pasar por dicho pronunciamiento.

»*La nulidad del contrato suscrito por Pompes Fúnebres Guixa, S.L. con BBVA, S.A. con fecha 28 de diciembre de 2005 (Stockpyme I Bonificado operación de cobertura número de solicitud de contrato NUM008) por error en el consentimiento con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad y en especial la anulación de los cargos y abonos practicados a consecuencia del contrato declarado nulo debiendo la demandada estar y pasar por dicho pronunciamiento.

»*La nulidad del contrato suscrito por Hostelería Borrás Lloret, S.L. con BBVA, S.A. con fecha 21 de febrero de 2007 (Stockpyme I Bonificado operación de cobertura número de contrato NUM009) por error en el consentimiento con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad y en especial la anulación de los cargos y abonos practicados a consecuencia del contrato declarado nulo debiendo la demandada estar y pasar por dicho pronunciamiento.

»*La nulidad del contrato suscrito por Moradis, S.L. con BBVA, S.A. con fecha 11 de marzo de 2009 (Stockpyme I Bonificado operación de cobertura número de contrato NUM010) por error en el consentimiento con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración de nulidad y en especial la anulación de los cargos y abonos practicados a consecuencia del contrato declarado nulo debiendo la demandada estar y pasar por dicho pronunciamiento.

»2) Que debo condenar y condeno a la parte demandada a que abone a los actores las siguientes cantidades a consecuencia de las liquidaciones practicadas en los contratos declarados nulos:

»* A don Adolfo la cantidad de 1.760,91 ? más las cantidades que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y dictado de la presente sentencia se hayan podido adeudar a dicho actor a consecuencia de los contratos declarados nulos.

»*A Grafiques Ducal S.L. la cantidad de 1.953,23 ? más las cantidades que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y dictado de la presente sentencia se hayan podido adeudar a dicho actor a consecuencia de los contratos declarados nulos.

»*A Gente de la Safor Editorial, S.L. la cantidad de 10.796,97 ? más las cantidades que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y dictado de la presente sentencia se hayan podido adeudar a dicho actor a consecuencia de los contratos declarados nulos.

»*A Pompes Fúnebres Guixa, S.L. la cantidad de 12.230,52 ? más las cantidades que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y dictado de la presente sentencia se hayan podido adeudar a dicho actor a consecuencia del contrato declarado nulo.

*A Hostelería Borrás Lloret, S.L. la cantidad de 9.123,85 ? más las cantidades que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y dictado de la presente sentencia se hayan podido adeudar a dicho actor a consecuencia del contrato declarado nulo.

»*A Moradis, S.L. la cantidad de 2.755,47 ? más las cantidades que con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda y dictado de la presente sentencia se hayan podido adeudar a dicho actor a consecuencia del contrato declarado nulo.



»Dichas cantidades devengarán los intereses previstos en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil .

»3) Se condena a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.» (Énfasis mayúscula suprimido)

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., D. Adolfo , Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L., Grafiques Ducal S.L. y Moradis 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 450/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 375/2012 en fecha 29 de octubre , cuya parte dispositiva dispone :

«FALLO: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA SA), contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia 5 Gandía en proceso ordinario 721/2010, se revoca parcialmente dicha resolución y con estimación parcial de la demanda presentada, declaramos,

»1º) Se confirman los pronunciamientos del apartado 1) del fallo de la sentencia referidos a los demandantes, Adolfo y la entidad Moradis SL.

»2º) Se confirman los pronunciamientos del apartado 2) del fallo de la sentencia referidos a los demandantes, Adolfo y la entidad Moradis SL.

»3º) Se dejan sin efecto el resto de pronunciamientos contenidos en tales apartados, desestimándose y absolviendo a la demandada de las pretensiones de los actores Grafiques Ducal SL, Gente de la Safor Editorial SL, Pompes Fúnebres Guixa SL y Hostelería Borrás Lloret SL.

»4º) Respecto a las costas procesales de la instancia cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

»5º) No se efectúa pronunciamiento de las costas causadas en la alzada y se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.»

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

1.- El procurador D. Ramón Juan Lacasa, en representación de Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L. y Grafiques Ducal S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Único.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 326 , 319.2 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica que no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código civil y de la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no estima la pretensión de nulidad contractual por vicio del consentimiento sobre la base de error en el objeto, cuando se han acreditado por mis defendidos ahora recurrentes, los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y concordantes y de desarrollo del citado precepto, y de la doctrina jurisprudencial del tribunal Supremo al respecto, que establece como cuestión esencial a dilucidar por el Tribunal, si se ha cumplido en el caso concreto y con relación al contrato cuya nulidad se insta, por la entidad financiera, el deber de información que se predica y exige en la relación financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión, bien para suscribir un negocio jurídico como los que son objeto de litigio, de contenido complejo, para una persona ajena al mundo de las finanzas, en el que es inherente la aleatoriedad y el riesgo, contenidas en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 y de 11 de julio de 1998 .

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y la doctrina jurisprudencial del tribunal Supremo al respecto de las normas de conducta de la entidad crediticia entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información



necesaria para sus clientes, el deber de mantener debida y puntualmente informados a los mismos, y la de cuidar de los intereses de sus clientes como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad en la gestión de dichos negocios ajenos como si fueran propios, no pudiendo en ningún caso actuar con ligereza o sin el cuidado exigible al demandado comerciante ante el alto riesgo de una inversión que puede ocasionar presumibles pérdidas a los clientes, de conformidad con lo dispuesto en las Sentencias del tribunal Supremo de 15 de julio de 1998 y de 22 de diciembre de 2009 ».

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 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de las entidades GENTE DE LA SAFOR EDITORIAL, S.L., HOSTELERÍA BORRÁS LLORET, S.L., POMPES FÚNEBRES GUIXA, S.L. Y GRAFIQUES DUCAL, S.L., contra la sentencia dictada, el 29 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 450/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 721/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gandía.

»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 para que formalizara su oposición a los recursos, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 29 de febrero de 2016 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 16 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- D. Adolfo , Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L., Grafiques Ducal S.L. y Moradis S.L. interpusieron demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en lo sucesivo, BBVA o el banco) en solicitud de que se declarara la nulidad de varios contratos tipo swap, denominados "Stockpyme" con diversas subnomenclaturas, que suscribieron los demandantes en un periodo temporal que comprende desde diciembre de 2006 hasta marzo de 2009 y con diferentes nociones, por error en el consentimiento y, subsidiariamente, por infracción de la normativa vigente en materia de consumidores y usuarios.

El error habría venido causado por la información insuficiente que les facilitó BBVA, ya que en todos los casos se ofertaron los diferentes swaps como un sistema de cobertura de riesgo derivado del incremento de los tipos de interés exigibles por los respectivos contratos bancarios que habían solicitado en su momento; se argumenta que los demandantes son personas físicas o "pymes", en todo caso minoristas, que no tenían el perfil necesario como para poder entender el funcionamiento y las consecuencias de los productos contratados a lo que ha de unirse la falta de información objetiva facilitada por parte de los representantes de BBVA. Además, añaden, los contratos contenían cláusulas claramente abusivas pues no contenían un suelo a partir del cual el cliente pudiese desistir del contrato, mientras que si los intereses subían un 1% del tipo fijado en el contrato, el banco se reservaba el derecho de rescindir el contrato.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Consideró, resumidamente, que el banco no informó adecuadamente a ninguno de los demandantes de las verdaderas características y riesgos de los productos con carácter previo a la contratación; además, ese déficit informativo no se subsanó al firmar los contratos, cuya redacción es oscura y poco clara y en nada afecta al error generado el hecho de que se recibieran liquidaciones positivas y algunas negativas durante la vida de los contratos pues las primeras entrarían dentro de la creencia de los clientes que contrataron una cobertura frente a la subida de tipos, mientras que las segundas fueron de escasa entidad y entraban dentro de la creencia de los demandantes de que estaban blindados frente a la fluctuación de tipos.

3.- Apelada la sentencia por el banco demandado, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, manteniendo los pronunciamientos relativos a D. Adolfo y a Moradis S.L. y revocando la estimación de la demanda respecto de Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres



Guixa S.L. y Grafiques Ducal S.L.. Resumidamente, entiende que Moradis S.L. y D. Adolfo no fueron informados debidamente por BBVA de los productos contratados, máxime cuando ambos clientes habían sido considerados por el propio banco como minoristas y/o inexpertos inversores.

Sin embargo, no alcanza la misma conclusión en relación con las otras cuatro sociedades demandantes, respecto de las que considera que no pueden alegar la creencia de que contrataban un seguro, pues de la testifical se desprende que ello no fue así, a lo que añade que los folletos contienen información sobre las consecuencias negativas, que en el contrato se explica convenientemente la mecánica del producto, que ya desde el año 2007 vinieron percibiendo liquidaciones negativas, que suscribieron varios contratos de la misma clase y que pasaron varios años hasta que efectuaron las primeras reclamaciones al Defensor del cliente de BBVA.

4.- Las demandantes Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L. y Grafiques Ducal S.L. han interpuesto recursos extraordinario por infracción procesal, basado en un único motivo, y de casación, basado en tres motivos.

SEGUNDO.- *Rechazo de las causas de inadmisión alegadas por la parte recurrida. La alegación efectuada en el recurso extraordinario por infracción procesal no carece manifiestamente de fundamento. Concorre el interés casacional invocado.*

1.- BBVA se opone a la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal porque el mismo carece manifiestamente de fundamento, pues pretende, en definitiva, una nueva revisión de la actividad probatoria, no siendo este uno de los motivos previstos en el art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También se opone a la admisión del recurso de casación por entender que no concurre interés casacional ya que la solución del conflicto depende de las circunstancias concurrentes en el presente caso, se pretende una nueva valoración de la actividad probatoria y, además, la sentencia recurrida no se opone a la sentencia núm. 683/2012 de esta Sala de 21 de noviembre de 2012.

2.- No pueden ser acogidos los argumentos utilizados por BBVA en aras a la inadmisibilidad de los recursos interpuestos.

Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación al resolver sobre el mismo, este está formalmente bien planteado y no concurre la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, ya que la parte recurrente considera que ha existido una ilógica valoración de la prueba respecto de la información proporcionada a los clientes por parte de BBVA. Esta es una cuestión que, sin estar prevista como motivo del recurso extraordinario por infracción procesal en el art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala tiene dicho que tiene acceso a dicho recurso extraordinario de forma excepcional por la vía del ordinal cuarto del citado precepto, en aquellos casos en que la valoración de la prueba efectuada en la instancia no supere el canon de la razonabilidad. Por tanto, sin perjuicio de la decisión que adopte esta Sala sobre la estimación de los argumentos contenidos en dicho motivo, este debe superar la fase de admisión.

Respecto del recurso de casación, del examen del mismo, se aprecia que sí concurre el interés casacional invocado, pues si bien cuando se interpuso el recurso esta Sala había dictado ya la sentencia núm. 683/2012, posteriormente la jurisprudencia sobre la materia que nos ocupa ha evolucionado, sobre todo tras la sentencia núm. 840/2013 del Pleno de 20 de enero de 2014, lo que determina, sin duda alguna, la concurrencia del interés casacional invocado.

Además, la determinación de si la entidad bancaria cumplió con los deberes de información impuestos por la normativa sobre el mercado de valores y si esa información tuvo influencia en la formación del consentimiento de la parte recurrente, son cuestiones de naturaleza jurídica y no fáctica, por lo que claramente pueden ser planteadas en el recurso de casación, sin que se pretenda necesariamente a través del mismo una nueva valoración de la prueba.

Por todo ello, los recursos han de superar la fase de admisión, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá sobre la estimación o no de las cuestiones planteadas en ellos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- *Formulación del motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El enunciado que encabeza el primer motivo del recurso tiene el siguiente texto:

«Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 326, 319.2 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una



valoración manifiestamente arbitraria o ilógica que no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible».

2.- Bajo la alegación de que la valoración de la prueba hecha por la sentencia de la Audiencia Provincial es notoriamente irracional y, además, se aparta del criterio mantenido por la misma Sección y el mismo ponente en otras resoluciones similares, la recurrente combate, en esencia, tres conclusiones que alcanza la sentencia recurrida cuales son que el folleto y el contrato explican claramente el funcionamiento de los contratos, que de la testifical de los empleados del banco se deduce la suficiente información del producto y que la firma de sucesivos swaps es motivo suficiente para deducir un conocimiento del producto en cuestión.

CUARTO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

1.- Como tiene dicho con reiteración esta Sala, nuestro sistema de 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. El 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.

En nuestras sentencias 418/2012, de 28 de junio , y 262/2013, de 30 de abril , tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, recordamos:

«[...]no todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

»Como se advierte, la recurrente no identifica ningún error de este tipo en la redacción del motivo, en el que lo que busca es una revisión conjunta de la valoración de la prueba practicada, con olvido de que la misma constituye función exclusiva de los Tribunales de las instancias, sin posibilidad jurídica de nuevo examen por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia de causa legal para ello».

2.- Respecto de la valoración de la prueba testifical, la recurrente viene a plantear una contradicción entre lo resuelto en la sentencia recurrida y otras sentencias de la misma Sección de la Audiencia Provincial de Valencia en las que también se valora la prueba testifical de los empleados del banco; así, considera que el núcleo de la decisión desestimatoria de su pretensión fue entender que el deber de información estaba cumplido pues el banco nunca habría vendido los swaps como un seguro.

Como ya dijimos en la Sentencia 613/2015, de 10 de noviembre , en su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico la información ofrecida al cliente aseguraba o no una prestación del consentimiento por parte del mismo con los requisitos legalmente exigibles, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación.

3.- En lo que se refiere a la ilógica valoración de la prueba relativa a que el folleto y el contrato contienen información suficiente sobre el funcionamiento del producto y a que la firma posterior de otros swaps es motivo suficiente para considerar que se tenía dicho conocimiento, es cierto que la sentencia basa su decisión desestimatoria de la pretensión de las cuatro sociedades hoy recurrentes en esos argumentos, a los que añade otros como el tiempo de vida de los contratos transcurrido sin formular queja alguna. Sin embargo, al igual que decíamos en el apartado anterior, las conclusiones alcanzadas por la Audiencia no tienen que ver con la irracionalidad o arbitrariedad desde un punto de vista fáctico, sino con la valoración jurídica anudada a dichas conclusiones.

En la Sentencia 77/2014, de 3 de marzo , declaramos sobre esta cuestión:

«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 ; 211/2010, de 30 de marzo ; y 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esta, 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».

Por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

**Recurso de casación.****QUINTO.-** *Formulación de los tres motivos del recurso de casación.*

1.- El primer motivo del recurso de casación lleva el siguiente título:

«Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código civil y de la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no estima la pretensión de nulidad contractual por vicio del consentimiento sobre la base de error en el objeto, cuando se han acreditado por mis defendidos ahora recurrentes, los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla».

2.- En este motivo, la recurrente expone la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre el error en el consentimiento y los requisitos exigidos de esencialidad, excusabilidad y concurrencia de nexo causal, entendiendo que dicha doctrina se infringe desde el momento en que la sentencia recurrida aprecia que no concurre error al existir avisos en el contrato sobre el riesgo que entrañaba la operación; que, en cualquier caso, el error no es excusable porque las recurrentes son sociedades mercantiles, acostumbradas a operar en el tráfico bancario y deberían haber obrado con mayor diligencia; y que la cláusula de vencimiento anticipado ni resulta esencial ni induce a error en su contratación, no afectando a la posible nulidad por vicios en el consentimiento.

Frente a estos argumentos de la sentencia de la Audiencia, la recurrente considera que no es achacable al cliente la falta de diligencia por no advertir los riesgos del producto, cuando es obligación legal del banco explicar con claridad y de forma comprensible la concurrencia de dichos riesgos, teniendo en cuenta que la actividad de las cuatro sociedades recurrentes nada tiene que ver con el mundo financiero, siendo sus ámbitos de actividad campos tan distintos como la publicación de una revista local, la imprenta, la hostelería o las pompas fúnebres.

3.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso de casación es el siguiente:

«Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y concordantes y de desarrollo del citado precepto, y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto, que establece como cuestión esencial a dilucidar por el Tribunal, si se ha cumplido en el caso concreto y con relación al contrato cuya nulidad se insta, por la entidad financiera, el deber de información que se predica y exige en la relación financiera y su cliente, bien para llevar a cabo cualquier tipo de inversión, bien para suscribir un negocio jurídico como los que son objeto de litigio, de contenido complejo, para una persona ajena al mundo de las finanzas, en el que es inherente la aleatoriedad y el riesgo, contenidas en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003 y de 11 de julio de 1998 ».

4.- En este motivo, se alega la infracción del deber de información que pesa sobre las entidades financieras que operan en el mercado de valores. En concreto, se alega falta de información sobre los efectos negativos que traería consigo una drástica caída de los tipos de interés o del coste económico que podría suponer cancelar anticipadamente los contratos para el caso de que los mismos no resultaren convenientes o si se daba un escenario imprevisto de tipos de interés.

5.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso de casación es el siguiente:

«Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto de las normas de conducta de la entidad crediticia entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, el deber de mantener debida y puntualmente informados a los mismos, y la de cuidar de los intereses de sus clientes como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad en la gestión de dichos negocios ajenos como si fueran propios, no pudiendo en ningún caso actuar con ligereza o sin el cuidado exigible al demandado comerciante ante el alto riesgo de una inversión que puede ocasionar presumibles pérdidas a los clientes, de conformidad con lo dispuesto en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1998 y de 22 de diciembre de 2009 ».

6.- En este último motivo, se plantea si el banco actuó con arreglo a las normas de conducta establecidas en la Ley del Mercado de Valores y si como gestor de negocios ajenos debió de tratar los negocios de los actores con la misma o incluso mayor diligencia que los propios. Se reproducen, en esencia, los mismos argumentos que en el motivo anterior respecto del incumplimiento de la normativa sectorial por parte del banco demandado.

7.- La estrecha conexión existente entre todos los motivos aconseja su resolución conjunta.

SEXTO.- *Decisión de la Sala. El error vicio del consentimiento en el contrato de swap. Incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera.*



1.- Esta Sala ha fijado ya un considerable, por más que sea reciente, cuerpo de doctrina sobre el error vicio del consentimiento en el contrato de permuta financiera o "swap", representado por la sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 110/2015, de 26 de febrero ; 535/2015, de 15 de octubre ; 563/15, de 15 de octubre ; 547/15, de 20 de octubre ; 549/15, de 22 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 , y 742/2015, de 18 de diciembre , entre otras.

Tales resoluciones conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

2.- Parte de los contratos de swap litigiosos se concertaron cuando todavía no 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, ni el Real Decreto 217/2008, que, por el contrario, sí lo estaban cuando fue suscrito el tercero y último de los contratos "Stockpyme I" firmado por "Gente de la Safor Editorial, S.L." cuya nulidad se solicitó en la demanda.

En todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, 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 (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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 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.

3.- El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable a los contratos de swap suscritos por Grafiques Ducal S.L., al suscrito por Pompes Fúnebres Guixa S.L., al suscrito por Hostelería Borrás Lloret S.L. y a los dos primeros contratos suscritos por Gente de la Safor Editorial S.L., por razón de sus fechas, 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 estos 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».

4.- Cuando se concertó el último de los contratos por Gente de la Safor Editorial S.L. 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 deben proporcionarles, «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:

«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.

El apartado 7 del art. 79 bis LMV establece 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 (...).

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



En particular, la sentencia de la Audiencia Provincial consideró que los folletos de las operaciones suscritas presentan información sobre las consecuencias negativas, al incluir apartados sobre riesgo de pérdidas; que en los contratos se explica cuándo el cliente recibe y cuándo paga; que no tiene mucho sentido alegar el desconocimiento cuando se suscriben varias operaciones sucesivas del mismo tipo, algunas, cuando ya se han dado certificaciones positivas y negativas; que ya desde el inicio de la vida de los contratos, se produjeron resultados negativos para los clientes, careciendo de relevancia que estas fueran más o menos cuantiosas; y que tampoco tiene mucho sentido alegar que solo se es consciente del significado y relevancia del contrato cuando se efectúan las reclamaciones al Defensor del Cliente, datos todos ellos que no justificarían la concurrencia de error en la contratación.

6.- Hemos dicho en anteriores resoluciones que 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 se exprese en el folleto o en el contrato cuándo el cliente recibe y cuándo paga o que se especifique que existe riesgo de pérdidas.

No se trata de que el banco hubiera debido efectuar una previsión sobre la evolución de los tipos de interés, como afirma la Audiencia, sino de que debería haber ofrecido 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.

7.- El hecho de que los clientes sean sociedades mercantiles no supone que deban descuidarse los deberes de información de las entidades financieras, 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 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 (recordemos que las mercantiles demandantes se dedican a ámbitos ajenos al mundo financiero como la hostelería, las pompas fúnebres, la imprenta o la edición de una publicación local), 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).

8.- Como hemos afirmado, la Audiencia Provincial consideró suficiente la propia redacción de los contratos (y de los folletos), que haría innecesaria cualquier información complementaria.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia al afirmar que «en el contrato se expresa y explica cuando el cliente recibe y cuando paga». 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, 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, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato, 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 pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los 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.» (sentencia 31/2016, de 4 de febrero).

Tampoco los folletos contenían la información adecuada sobre la entidad real de los riesgos que asumía el cliente al contratar el swap, puesto que no se le hacía saber la entidad real de los riesgos que asumía en el caso de que el índice económico de referencia sufriera importantes bajadas, que eran los de sufrir pérdidas económicas muy relevantes en relación con el nominal de los contratos. Tampoco se contenía en los folletos información adecuada sobre el coste de cancelación.

Es obligación del banco asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de su funcionamiento, con exposición de los



posibles escenarios, no bastando con la firma del contrato, tal y como se ha expuesto. También es necesaria una información adecuada sobre los costes que la cancelación anticipada puede suponer al cliente.

9.- Sobre este último extremo, tiene dicho esta Sala (entre otras, sentencia 31/2016, de 4 de febrero) que es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso.

La Audiencia así lo reconoce pero no le da la importancia necesaria al entender que los hoy recurrentes no tienen la consideración de consumidores, por lo que descarta el carácter abusivo de tal cláusula. Sin embargo, con independencia de que la cláusula no sea abusiva, la sentencia recurrida obvia que cuando el cliente no es un profesional del mercado financiero o un cliente con mucha experiencia y conocimiento en este tipo específico de contratos, es necesaria una información adecuada sobre dichos costes, no bastando, como tiene dicho esta Sala, una vaga referencia a que se realizará a precio de mercado, pues, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: no se sabe quién realizará el cálculo, de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración; faltan algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

10.- En lo relativo a la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor 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 en 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. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero



y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

11.- 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 (tanto los anteriores como los posteriores a la transposición de la Directiva MiFID), al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por BBVA a las cuatro sociedades recurrentes, y que estos clientes resultaron adecuadamente informados a la vista de su perfil de conocimientos y experiencia. E infringió también el art. 1266 del Código Civil, cuando consideró 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.

Las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que BBVA había cumplido sus obligaciones no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica, que se revela incorrecta por cuanto del relato de la demanda resulta suficientemente claro que dicho banco no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarse sobre el perfil y las necesidades del cliente, ofertarle el producto acorde con su perfil y sus necesidades, y suministrarle con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente.

12.- Tampoco son admisibles los argumentos de la Audiencia relativos a que se considera acreditado que los productos tipo swap contratados no fueron ofertados como un seguro pues no contienen la terminología propia de este tipo de contratos, tales como "seguro" o "garantía" ni se hable de "prima" o de "siniestro". Estos argumentos carecen de relevancia a la hora de determinar si concurrió o no error en la contratación de los swap pues lo verdaderamente importante no es la forma en que se ofertasen dichos productos, sino la información proporcionada (o la falta de ella) sobre los mismos, es decir, la información real y no sesgada sobre su funcionamiento y riesgos, por lo que, en definitiva, poco importa si los clientes creyeron concertar un seguro o no pues lo relevante es que no fueron conscientes del riesgo soportado con la contratación de productos altamente complejos.

13.- Tampoco resultan asumibles los argumentos utilizados por la Audiencia para presumir el conocimiento sobre las características de los swaps contratados como el hecho de la existencia de liquidaciones negativas desde los primeros momentos de la vida de los contratos, la suscripción de varios contratos sucesivos o el largo período de tiempo transcurrido hasta que se formularon las reclamaciones al Defensor del cliente de BBVA.

Respecto de los datos anteriores a la suscripción de los contratos, tales como la previa suscripción de otros contratos de swap, porque lo que excluiría la existencia del error sería la prueba de que al contratarlos, se informó adecuadamente a los clientes, razón por la cual la falta de información al celebrar los contratos posteriores no podría considerarse como causante de error sustancial y excusable. Pero solo por haber concertado otros contratos anteriormente no puede considerarse excluida la existencia de error, pues es necesario que al celebrar esos contratos se hubiera informado adecuadamente al cliente sobre la naturaleza y riesgos del producto, pues solo de ese modo sería innecesario volver a facilitarle la información al contratar posteriormente el mismo tipo de productos.

Respecto de los datos posteriores a la suscripción de los contratos, porque justamente por ser posteriores no pueden excluir la existencia del error al contratar. Además, esta Sala ha dicho ya en numerosas ocasiones, para descartar que nos encontremos ante una infracción de la teoría según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

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

SÉPTIMO .- *Costas y depósitos.*



1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la recurrente de las costas derivadas del mismo. La estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a la parte apelante 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 .

2.- Se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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

FALLAMOS

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L. y Grafiques Ducal S.L., representado ante esta Sala por el procurador D. Vicente Ruigómez Muriedas, contra la sentencia núm. 375/2012, de 29 de octubre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 450/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 721/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gandía (anteriormente Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7).

2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y en su lugar acordamos desestimar plenamente el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia de doce de diciembre de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gandía , en el juicio ordinario núm. 721/2010, que confirmamos íntegramente.

3.º- Imponer a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. las costas del recurso de apelación.

4.º- Imponer a Gente de la Safor Editorial S.L., Hostelería Borrás Lloret S.L., Pompes Fúnebres Guixa S.L. y Grafiques Ducal S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por 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.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.