



Roj: **STS 4304/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4304**

Id Cendoj: **28079110012016100585**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2016**

Nº de Recurso: **1015/2013**

Nº de Resolución: **578/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2741/2013,**
STS 4304/2016

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 144/2013 de 14 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 808/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Rubí, sobre nulidad contractual. Los recursos fueron interpuestos por Transportes Hermanos García Fernández, S.L., representada por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senin y asistida por el letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués. Es parte recurrida Unnim Banc-, S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistida por el letrado D. Juan Ignacio Sanz Caballero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa de Sabadell, en la que solicitaba:

«[...] se declare la nulidad del Contrato De Gestión de Riesgos Financieros suscrito en fecha 28 de marzo de 2007 con la entidad demandada por no haber emitido el cliente un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y, en virtud de dicho procedimiento, se declare la nulidad del referido contrato, condenando a la demandada a reintegrar a la actora las cantidades cobradas como consecuencia de los contratos cuya nulidad se postulan, con indemnidad del derecho de la demandada a que se le abonen las cantidades pagadas a la actora durante la vigencia del contrato, cantidades que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de cobro, que se verá incrementado en dos puntos desde la Sentencia, con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 23 de septiembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Rubí y fue registrada con el núm. 808/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Caixa D'Estalvis Unio de Caixes Manlleu, Sabadell i Terrasa (Caixa de Sabadell), contestó mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Rubí (Barcelona), dictó sentencia núm. 102/2011 de fecha 11 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:



«Que estimo íntegramente la demanda presentada por Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U. representado por el Procurador don Manuel Aguilar de la Rosa a Caixa de Sabadell (Caixa D'Estalvis Unió de Caixes Manlleu, Sabadell y Tarrasa), representada por el Procurador doña Montserrat Martínez Cerezo y en consecuencia: debo declarar y declaro nulo el contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes en fecha 28 de marzo de 2007 y en consecuencia las partes deberán abonarse recíprocamente las cantidades recibidas a cuenta a consecuencia de dicho contrato con los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta hasta la fecha de la presente sentencia en la que empezarán a devengarse los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil .

» Se imponen las costas procesales a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrasa ("Unnim"). Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U., se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1096/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 144/2013 en fecha 14 de marzo , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Caixa d'Estalvis Unió de Caixes Manlleu, Sabadell i Terrasa contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Rubí , en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos en parte la misma en el sentido de restringir la nulidad del contrato de permuta de tipos de interés de 28 de marzo de 2007 a las cláusulas a que se hace referencia en el fundamento jurídico 4º, afirmando la validez del resto del producto financiero, sin hacer imposición de las costas originadas en ambas instancias.

» Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

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

1.- Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 216 y 217 de la LEC con base en el artículo 469.1.2º de la LEC ».

«Segundo.- Infracción del art. 218 de la LEC , por la falta de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida con base en el artículo 469.1.2º de la LEC ».

«Tercero.- Vulneración de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica contenidas en los artículos 326 , 376 , 348 y 380 de la LEC y con base en el artículo 469.1.4º de la LEC ».

«Cuarto.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE , con base en el art. 469.1.4º LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3 º y 3 de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 julio, del Mercado de Valores y de los arts. 16 y art. 5.3 del Anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo al considerar que la sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales relacionada con dicha normativa acerca de la información que debe proporcionar la entidad a los clientes a la hora de ofertar contratos como el objeto de litigio y la actuación que deben de tener las entidades bancarias: infracción de los criterios de diligencia, transparencia, imparcialidad y buena fe que deben presidir relaciones entre entidad bancaria y cliente».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3 º y 3 LEC por infracción de los arts. 1261 , 1265 y 1104 del CC al considerar que la Sentencia Recurrida infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la "diligencia exigible" al cliente: distinción "diligencia profesional" exigible entidad bancaria».

2.- Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes, se dictó auto de fecha 4 de abril de 2016 en el que se acordó admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

3.- Se dio traslado a la parte recurrida Unnim Banc, S.A. (actualmente BBVA, S.A) para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U. (en lo sucesivo, Transportes Hermanos García Fernández) suscribió un préstamo de 80.100 euros con Caixa de Sabadell el 22 de marzo de 2007. El 28 de marzo siguiente contrató un swap de tipos de interés que le fue ofrecido por un gestor de dicha caja de ahorros, con un notional de 150.000 euros, a cuatro años, y con un tipo fijo a abonar por el cliente que se iba incrementando desde el 4,40% del primer periodo al 4,95% del último periodo.

Tras algunas liquidaciones positivas, por un total de 400 euros, comenzaron a girarse liquidaciones negativas para el cliente, que en el momento de presentación de la demanda, septiembre de 2010, sumaban unos 6.000 euros.

Transportes Hermanos García Fernández interpuso una demanda contra Caixa de Sabadell en la que solicitó que se declarara la nulidad del contrato de swap por, entre otras razones, concurrir error vicio del consentimiento, por no haberle sido facilitada información adecuada sobre la naturaleza y riesgos del producto y sobre el coste de cancelación.

2.- La demanda fue plenamente estimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero fue apelada por Caixa de Sabadell y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso.

En su sentencia, la Audiencia Provincial consideró que la normativa aplicable, dada la fecha de suscripción del contrato, era la anterior a la transposición de la Directiva MiFID, por lo que consideró extemporáneas las menciones que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia hacía a los deberes de información impuestos por la normativa de incorporación de la Directiva MiFID.

La Audiencia afirmó que el contrato informaba suficientemente del riesgo asociado a la operación, al advertir que si la evolución de la variable adoptada como referencia (el Euríbor) fuese «contraria a la esperada, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato».

Por último, aunque Caixa de Sabadell hubiera consentido los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia relativos al error de consentimiento que afectó a la cláusula sobre cancelación anticipada del swap por falta de claridad sobre su coste, y la nulidad de la cláusula que permitía a Caixa de Sabadell resolver unilateralmente el contrato sin coste alguno para ella, la Audiencia Provincial entendió que el contrato podía subsistir pese a la nulidad de esas cláusulas, pues no constaba que el cliente o la entidad bancaria hubieran intentado ejercitar esas facultades resolutorias.

Por ello, estimó en parte el recurso y restringió la nulidad del contrato de swap a dichas cláusulas sobre resolución anticipada, por lo que el resto quedaba subsistente.

3.- La demandante, disconforme con la sentencia, ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en cuatro motivos, y recurso de casación, basado en dos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

«Infracción de los artículos 216 y 217 de la LEC con base en el artículo 469.1.2º de la LEC».

2.- En el desarrollo del motivo se realizan prolijas alegaciones, que afectan a aspectos muy diversos de la sentencia, en las que se denuncia que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en los defectos de incongruencia e infracción de las normas sobre carga de la prueba.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Inconsistencia del motivo.*

1.- El motivo no puede estimarse.

La sentencia de la Audiencia Provincial no vulnera el principio de justicia rogada del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues ha decidido el recurso de apelación en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes.

Tampoco se han producido las vulneraciones de las reglas de la carga de la prueba que denuncia la recurrente.

2.- En el motivo, la recurrente muestra su disconformidad con la selección de cuestiones relevantes hecha por la Audiencia Provincial, cuestiona la interpretación de los medios de prueba, pretende la reconsideración de toda la prueba practicada, muestra su disconformidad con la valoración, como suficiente, de la información que le fue suministrada, y con el hecho de que las deficiencias aceptadas por la Audiencia Provincial respecto de las cláusulas de cancelación anticipada no le hayan llevado a declarar la nulidad del contrato en su totalidad.

Como se ve, se trata de cuestiones de naturaleza heterogénea, que no encajan en las infracciones legales denunciadas y que ni siquiera son susceptibles de ser planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal, bien porque este no es un mero recurso de apelación en el que pueda solicitarse el replanteamiento total del aspecto fáctico del litigio fijado por el tribunal de apelación, bien porque se trata de cuestiones sustantivas que solo pueden ser planteadas en el recurso de casación.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El segundo motivo se formula con este encabezamiento:

«Infracción del art. 218 de la LEC , por la falta de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida con base en el artículo 469.1.2º de la LEC ».

2.- En el desarrollo del motivo se plantean cuestiones de naturaleza muy variopinta, bajo la alegación formal de vulnerarse las exigencias de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Inconsistencia del motivo.*

1.- De nuevo se plantean cuestiones completamente ajenas a las infracciones legales denunciadas, con alegaciones extensas en las que simplemente se muestra disconformidad con los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial respecto de la suficiencia de la información, con la selección de cuestiones relevantes para resolver el litigio, o con el alcance dado a la Directiva MiFID, reiterando una y otra vez las mismas cuestiones, intentando encuadrarlas en diversas infracciones.

2.- No puede alegarse que la Audiencia Provincial ha incurrido en incongruencia al decidir cuál era la normativa aplicable por razón de su vigencia temporal.

El hecho de que las partes no cuestionen la falta de vigencia temporal de una norma invocada en el proceso no puede llevar a un tribunal a tener que aplicar, de un modo servil, una normativa que considere que no está en vigor, bien porque haya sido derogada, bien porque, en el momento relevante a estos efectos, no haya entrado todavía en vigor. Una cosa es valorar si tal decisión es o no acertada, por razones de Derecho temporal, y otra muy distinta es acusar al tribunal de haber incurrido en incongruencia por haber determinado cuál era el Derecho aplicable por razones temporales.

3.- Los razonamientos sobre la eficacia que debió darse a la Directiva MiFID son ajenos al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y solo pueden ser planteados en el recurso de casación.

SEXTO.- *Formulación de los motivos tercero y cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El encabezamiento del tercer motivo es el siguiente:

«Vulneración de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica contenidas en los artículos 326 , 376 , 348 y 380 de la LEC y con base en el artículo 469.1.4º de la LEC ».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente cuestiona la valoración que la Audiencia Provincial ha realizado de las pruebas de documentos privados, testigos, pericial, informes escritos.

3.- El cuarto y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con este epígrafe:

«Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE , con base en el art. 469.1.4º LEC ».

4.- El desarrollo de este motivo consiste, fundamentalmente, en una remisión a lo expuesto en el tercero acerca de la valoración, ilógica o arbitraria de algunas de las pruebas.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. Inconsistencia del motivo.*

1.- Nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. 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 número 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , y 633/2015, de 13 de noviembre , entre otras, 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, afirmamos:

«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.- La recurrente redacta este motivo como si se tratara de un recurso de apelación, en el que pretende que se valore de nuevo la práctica totalidad de la prueba practicada en el proceso y se realice una nueva valoración conjunta de la misma, alegando qué debió considerarse probado, indicando las pruebas de las que debieron deducirse los hechos relevantes para el éxito de su pretensión y cómo debieron ser valoradas las mismas, añadiendo algunas consideraciones jurídicas de carácter sustantivo que permitirían, con base en tales hechos, estimar la demanda.

Unas alegaciones de esa naturaleza, que podrían ser admisibles en un recurso ordinario, son claramente inadecuadas para sustentar un recurso extraordinario por infracción procesal. Calificar la valoración hecha por la Audiencia Provincial de irracional y arbitraria no oculta que lo que existe es una simple discrepancia con ciertas valoraciones probatorias y, sobre todo, con la valoración jurídica de los hechos realizada por la Audiencia Provincial, que no puede ser planteada a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación.

OCTAVO.- *Formulación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza de este modo:

«Al amparo del artículo 477.2.3 º y 3 de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 julio, del Mercado de Valores y de los arts. 16 y art. 5.3 del Anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo al considerar que la sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales relacionada con dicha normativa acerca de la información que debe proporcionar la entidad a los clientes a la hora de ofertar contratos como el objeto de litigio y la actuación que deben de tener las entidades bancarias: infracción de los criterios de diligencia, transparencia, imparcialidad y buena fe que deben presidir relaciones entre entidad bancaria y cliente».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente reproduce el texto de los preceptos citados como infringidos, poniendo énfasis en la previsión de que «[l]a 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».

Tras ello, la recurrente critica que la sentencia de la Audiencia Provincial, en vez de resaltar la complejidad del contrato, destaque su sencillez y considere que en él se deja suficiente constancia de los riesgos. También critica que no se haya considerado necesario suministrar al cliente información acerca de las previsiones y estudios de la evolución de los tipos de interés.

3.- El segundo motivo de casación lleva el siguiente encabezamiento:

«Al amparo del artículo 477.2.3 º y 3 LEC por infracción de los arts. 1261 , 1265 y 1104 del CC al considerar que la Sentencia Recurrida infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la "diligencia exigible" al cliente: distinción "diligencia profesional" exigible entidad bancaria (sic)».

4.- En el desarrollo de este motivo, la recurrente impugna que se le haya considerado como un contratante experto por el hecho de haber contratado otro swap, y alega que ninguna negligencia en la suscripción, entendimiento y correcta comprensión del swap le puede ser achacada cuando la entidad financiera no le facilitó una información suficiente sobre todos los aspectos, funcionamiento y riesgos del contrato, y entre



ellos, no solo la posibilidad de tener que soportar grandes pérdidas sino también la de tener que pagar un elevado importe en concepto de coste de cancelación del contrato.

5.- La estrecha relación existente entre ambos motivos aconseja su resolución conjunta.

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

1.- Esta sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre, 588/2015, de 10 de noviembre, 623/2015, de 24 de noviembre, 675/2015, de 25 de noviembre, 631/2015, de 26 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 670/2015, de 9 de diciembre, 691/2015, de 10 de diciembre, 692/2015, de 10 de diciembre, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo, 331/2016, de 19 de mayo, 496, de 15 de julio, y 509/2016, de 20 de julio, entre otras muchas.

2.- Como afirmábamos en la sentencia 595/2015, de 30 de octubre, posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

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

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a tales clientes (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

Por tal razón, la afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que cuando se suscribió el contrato de swap entre las partes no se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MiFID puede justificar que no se apliquen los requisitos formales introducidos por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, o que no se utilicen las categorías legales establecidas en la misma. Pero no puede servir para excusar a la entidad bancaria de cumplir un alto estándar de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información frente a sus clientes, tanto para recabar información sobre el perfil y necesidades de dicho cliente como para transmitir a este la información suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrece, especialmente cuando se trata de un cliente no experto en productos financieros complejos.



4.- La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los arts. 10 a 12 de la Directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes». Estas obligaciones de las empresas de inversión son reforzadas y formalizadas por la posterior Directiva MiFID.

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].
3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos ».

5.- La sentencia recurrida infringe esta normativa reguladora del mercado de valores al estimar suficiente y adecuada la información que suministró a la demandante.

Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio , 110/2015, de 26 de febrero , 535/2015, de 15 de octubre , y 633/2015, de 13 de noviembre , entre otras, en contra de lo afirmado por la recurrente, no es relevante que la información que la empresa de servicios de inversión facilitó a la demandante no incluyera la previsión de evolución de los tipos de interés. Hemos añadido en las sentencias núm. 491/2015, de 15 de septiembre , 535/2015, de 15 de octubre , y 633/2015, de 13 de noviembre , que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

Pero sí es relevante, a efectos de apreciar infringida la normativa sobre el mercado de valores, que la entidad de crédito no suministrara al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y la entidad que podían alcanzar los mismos, y no se cerciorara de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso.

La consideración que hace la sentencia recurrida de la recurrente como una cliente experta por haber suscrito otro swap dos meses antes no es correcta, puesto que, como hemos afirmado en otras sentencias, la simple contratación de otro swap, sin que conste que gracias a ese contrato el cliente tuvo información sobre la verdadera naturaleza y riesgos del producto contratado, no permite atribuir al cliente la condición de experto en este producto financiero complejo. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 331/2016, de 19 de mayo , y 496/2016, de 15 de julio , 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.

Asimismo, una simple mención en el contrato a la volatilidad de los mercados financieros y a que si la evolución del índice tomado como referencia fuese contraria a la esperada, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente, no son suficientes para que un cliente no experto sea consciente de que el



producto no solo no le cubre cuando el índice tomado como referencia baje en vez de subir, sino que además, si esa bajada es importante, sus pérdidas pueden ser sustanciosas en proporción al nominal del contrato. Es más, la mención contenida en el contrato a que, en el peor de los casos, se podría anular el beneficio económico, se muestra como una mención engañosa, pues en el caso de una fuerte bajada de los tipos de interés, el cliente podía sufrir importantes pérdidas.

6.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características del producto financiero complejo que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

7.- Pues bien, la Audiencia Provincial no aplica el elevado nivel de exigencia en cuanto a la información a facilitar por la entidad bancaria a su cliente que resulta de tales normas.

Hemos declarado con reiteración que el contrato de swap es un contrato complejo y de riesgo, difícil de entender para quien no sea un contratante experto en este tipo de productos financieros. El contenido del contrato suscrito por las partes no cumple los estándares exigentes de la normativa reguladora del mercado de valores.

Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Caixa de Sabadell pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los costes de la cancelación anticipada, con ilustración sobre los diversos escenarios posibles, y en concreto, con el consistente en una bajada drástica del tipo de interés de referencia, que podía provocar abultadas liquidaciones negativas para el cliente.

8.- Tampoco puede aceptarse que la ausencia de información sobre los costes de la cancelación anticipada solo determina la nulidad de esta cláusula, pero no la del contrato en su totalidad.

En la sentencia 450/2016, de 1 de julio , hemos declarado:

«[...] la falta de información afectaba a un elemento, los eventuales costes de la cancelación anticipada en caso de amortización del préstamo, que podía tener la consideración de esencial, respecto del cual el defecto de información contribuyó a que el cliente contratara el producto afectado por un error sustancial y trascendente, en cuanto que, de conocer ese extremo, no se hubiera concertado el producto financiero.



[...] En otras ocasiones hemos admitido que, como en el presente, el error pudiera recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba.

»Lo apreciamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteramos en otras sentencias posteriores (por ejemplo, Sentencia 90/2016, de 19 de febrero).

»Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 669/2015, de 25 de noviembre). Esta argumentación referida a otro producto financiero complejo, es aplicable en el presente caso al derivado financiero incluido en el contrato de préstamo.

»De este modo, el error sustancial y relevante sobre los riesgos derivados de la liquidación anticipada del derivado financiero vició de nulidad el contrato de financiación en el que se incluyó este derivado. Se trata de un error inexcusable, porque existía un deber de información sobre este extremo que no consta fuera cumplido por la entidad financiera».

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

Esa falta de información resulta en este caso aún más grave si se tiene en cuenta que la entidad financiera se reservaba la facultad de cancelar anticipadamente el contrato, cuando conviniera a sus intereses, sin coste alguno.

9.- En el presente caso, Caixa de Sabadell no informó al cliente de que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte (como gráficamente afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, se trata de un «"juego de suma cero", ya que lo que gana una parte lo pierde la otra») por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para la entidad financiera, o la entidad a la que esta sirve de intermediaria, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Caixa de Sabadell tampoco informó al cliente sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho en sentencias anteriores, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

10.- Todo lo cual lleva a la conclusión de que la ausencia de información clara, precisa y adecuada, suministrada con suficiente antelación, sobre la naturaleza y riesgos del producto complejo contratado y sobre el coste de cancelación anticipada, determinó en la demandante, entidad mercantil no dedicada a la contratación de este tipo de productos complejos y sin perfil de contratante experta en este ámbito, un error sustancial e inexcusable que vició su consentimiento. Por tal razón, el recurso debe estimarse, la sentencia de la Audiencia Provincial debe revocarse y debe confirmarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

DÉCIMO .- *Costas y depósitos.*

1.- Procede condenar a la recurrente a las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. La estimación de este recurso conlleva que deban



imponerse a Caixa de Sabadell las costas del recurso de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y se ordena la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, todo ello de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U., contra la sentencia núm. 144/2013 de 14 de marzo, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 1096/2011 . **2.º-** Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixa de Sabadell, hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia núm. 102/2011, de 11 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Rubí . **3.º-** No procede imposición de costas del recurso de casación. Se condena a Transportes Hermanos García Fernández, S.L.U. al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Se condena a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., al pago de las costas del recurso de apelación. **4.º-** Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y se ordena la pérdida del constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.