

Roj: **STS 26/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:26**Id Cendoj: **28079110012017100010**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/01/2017**Nº de Recurso: **1900/2013**Nº de Resolución: **10/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 1781/2013,**
STS 26/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 129/2013 por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 192/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Baracaldo, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Teresa Lapresa Villandiego en nombre y representación de la mercantil Vidrio en Fachadas-92, S.A. (VIFASA), compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Joaquín Fanjul de Antonio en calidad de recurrente y el procurador don Eduardo Codes Feijóo en nombre y representación de Banco de Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Teresa Lapresa Villandiego, en nombre y representación de Vidrio en fachadas 92, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don José Argarate Ortiz contra Banco de Santander, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

« 1) - La NULIDAD del contrato marco de operaciones financieras de 3 de Diciembre de 2004, así como de los contratos de derivados financieros denominados de "CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS" con fecha de inicio de 23 de Julio de 2.009 y finalización el día 27 de julio de 2.014 por un importe de 1.300.000,00.- Euros y del denominado "SWAP PAGADOR DE GASTOS DE INFLACIÓN NO ACUMULADA", con fecha de inicio 17 de Noviembre de 2.008 y finalización el día 17 de Noviembre de 2.016 por un importe de 250.000,00.-Euros.

» Igualmente también se solicita, se declare la nulidad de los contratos SWAP precedentes a los anteriores, suscritos por mi representada, dado que nos encontramos ante un mismo contrato SWAP de tipos de interés reestructurado en sus condiciones, todo ello por error fundado, en sustancia, en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de no proporcionarle adecuada y suficiente información con respecto a los llamados contratos de operaciones financieras suscritos, por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara.

» 2) - Debiendo declararse, en virtud de dicha nulidad contractual, la nulidad de todas aquellas liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud de dichos contratos, así como la nulidad de cualquier liquidación que por cancelación anticipada para la finalización de los contratos que se haya obligado o se obligue a efectuar a la demandante, debiendo devolverse recíprocamente las partes, las cantidades percibidas



o que perciban en el futuro derivadas de la ejecución de dichos contratos y sus liquidaciones, con sus correspondientes intereses legales devengados desde que se verificaron los pagos.

» 3).- Subsidiariamente y de no estimarse el anterior pedimento, se declaren nulas las cláusulas Novena, Décima, Undécima, Duodécima, decimocuarta del denominado Contrato Marco de Operaciones financieras y todas aquellas referidas al "Valor de Mercado" que *contienen en los contratos y se declare que "VIDRIO EN FACHADAS 92, S.A." tiene derecho a la cancelación o vencimiento anticipado de los contratos y en consecuencia se declare cancelado el mismo sin coste alguno para la demandante.*

» 4).- O bien se declare nula la cláusula contenida en los documentos de "Confirmación" denominada "Consideraciones", referente al vencimiento anticipado "para el caso de que se solicite la cancelación anticipada del producto, la misma se realizará a precios de mercado" y se tenga por instada la cancelación de los contratos de "Confirmación" y se declare cancelados los mismos, sin coste alguno para la demandante.

» 3) - Todo ello con imposición de las costas a la parte contraria.

SEGUNDO .- El procurador don Manuel Hernández Urigüen, en nombre y representación de Banco de Santander, S.A., y asistido del letrado don Ernesto Benito Sancho contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

« [...] Dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Baracaldo, dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« ESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Lapresa Villandiego en nombre de VIDRIO EN FACHADAS-92 S.A. frente a BANCO SANTANDER S.A. con los siguientes pronunciamientos:

» 1.- Declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 3 de diciembre de 2004 así como de los contratos de derivados financieros denominados de "confirmación de permuta financiera de tipos de interés" con fecha de inicio de 23 de julio de 2009 y finalización el día 27 de julio de 2014 por un importe de 1.300.000,00 euros y del denominado "Swap pagador de gastos de inflación no acumulada", con fecha de inicio 17 de noviembre de 2008 y finalización el día 17 de noviembre de 2016 por un importe de 250.000,00 euros, así como los de los contratos swap precedentes a los anteriores suscritos por la demandante.

» 2.- Declaro la nulidad de todas aquellas liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud de dichos contratos, así como la nulidad de cualquier liquidación que por cancelación anticipada para la finalización de los contratos que se haya obligado o se obligue a efectuar al demandante debiendo devolverse recíprocamente las partes, las cantidades percibidas o que perciban en el futuro derivadas de la ejecución de dichos contratos y sus liquidaciones, con sus correspondientes intereses legales devengados desde que se verificaron los pagos.

» Se condena en costas a la parte demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco de Santander, S.A., la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Hernández Urigüen, en nombre y representación de Banco Santander Central Hispano, S.A., contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012 aclarada por auto de 11 de enero de 2013, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Baracaldo, en los autos de Juicio Ordinario n.º 192/12 a que este rollo se refiere; debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su lugar dictar otra por la que desestimando la demanda deducida por la Procuradora Sra. Lapresa Villandiego, en nombre y representación de Vidrios en Fachada 92, S.A., contra Banco Santander Central Hispano, S.A., representada por el Procurador Sr. Hernández Urigüen, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas con imposición a la actora de las costas de la instancia y sin expresa imposición de las de esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas y las comunes, si las hubiere, por iguales partes».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de Vidrio en fachadas 92, S.A. (VIFASA) Con apoyo en un único motivo: Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil relativos a la nulidad del consentimiento prestado por error, así como también el artículo 79 bis de la Ley



47/2007 de 28 de abril, relativa a la incorrecta aplicación de la normativa reguladora del Mercado de valores a los contratos en litigio.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de junio de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Eduardo Codes Feijóo, en nombre y representación de Banco de Santander, S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre del 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de sucesivos contratos de permuta de tipos de interés (swaps) por error vicio en el consentimiento prestado.

2. En síntesis, la entidad Vidrio en Fachadas 92, S.A., aquí recurrente, ejercitó contra el Banco de Santander una acción de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (swaps) suscritos con dicha entidad por error vicio en el consentimiento prestado. Dichos contratos, realizados con relación a un contrato marco de operaciones financieras (CEMOF), de 3 de diciembre de 2004, se suscribieron de forma sucesiva con fechas de 24 de mayo de 2005, de 31 de marzo de 2006, de 1 de marzo de 2007, de 29 de abril de 2008, de 10 de noviembre de 2008 y de 23 de julio de 2009.

La demandada se opuso negando la existencia de vicio de consentimiento y la caducidad de las acciones de los contratos suscritos en los años 2004, 2005 y 2006.

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse que los empleados de la entidad bancaria reconocieron que no eran especialistas en el funcionamiento de este tipo de contratos, por lo que no podían explicar el coste de cancelación de dichos productos ni hacer simulación alguna. A su vez, dichos contratos fueron ofertados al cliente por la entidad bancaria. La quinta cancelación arrojó para el cliente un saldo negativo de 143.335 €, si bien la entidad bancaria cobró 28.300 €.

4. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de los contratos suscritos por error en el consentimiento prestado. En este sentido destacó que había quedado acreditado que el representante legal de la demandante fue suscribiendo los contratos por error motivado por la falta de información con la exhaustividad requerida por la especial complejidad del producto. No constando que el banco demandado le hubiera apercibido de los posibles riesgos derivados de su contratación. Añadió que, pese a que dicho representante legal era licenciado en económicas, no constaba que tuviera una formación de experto financiero superior a la que poseían los empleados del banco que fueron sus interlocutores en la contratación y que han reconocido sus limitaciones para calcular los costes de la cancelación. De todo ello dedujo que el error en que se vio inmerso el representante legal de la demandante no puede considerarse inexcusable, entendiéndose por tal aquel que pudo ser evitado empleando la diligencia media, ya que era obligación del banco asegurarse de que el cliente conocía todas las consecuencias del producto, en especial las posibles pérdidas por la cancelación anticipada de los mencionados productos.

5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia, con estimación de dicho recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. En síntesis, consideró que el representante legal de la demandante, por su condición de licenciado en económicas y su experiencia financiera, tenía capacidad suficiente para conocer el funcionamiento y los riesgos de este tipo de contratos o de productos financieros. A su vez, consideró que la falta de información recibida podía haber sido corregida si dicho representante se hubiese dirigido al departamento de tesorería de la entidad bancaria.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contratos de permutas financieras (swaps) anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información del producto. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.



En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , así como el artículo 79 bis de la Ley 47/2007, de 28 de abril .

Como fundamento del interés casacional invocó la contradicción de resoluciones entre Audiencias Provinciales. Con cita por un lado del criterio jurisprudencial conformado por las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta, de fechas 29 de junio de 2011 , 23 de julio de 2010 y 16 de febrero de 2011 , que establecen la obligación de la entidad bancaria de informar de forma clara y precisa sobre el riesgo del producto contratado y los posibles costes de cancelación. Y por otro lado, con un criterio jurídico coincidente entre sí y opuesto al anterior, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Quinta, de fechas 19 de marzo de 2012 , 6 de junio de 2012 y 21 de mayo de 2013 , conforme a las cuales no constituye obligación de la entidad bancaria informar de forma clara y precisa sobre el riesgo del producto contratado y los posibles costes de cancelación, bastando con que se informe sobre el funcionamiento del producto.

Argumenta que, en el presente caso, no se proporcionó al cliente una información clara y precisa sobre el coste de cancelación anticipada del producto, cuya forma de calcularlo no constaba en el contrato y, además, resultaba desconocida para los empleados que vendieron el producto financiero. Añade que ante esta falta de información por la entidad bancaria la parte demandante firmó los contratos sin ser consciente del verdadero significado de aquello que contrataba y del riesgo que asumía, incurriendo en un error sobre la esencia de lo pactado que invalidó su consentimiento.

2. El motivo debe ser estimado.

Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, debe señalarse lo siguiente.

La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación española ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

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

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]

» 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».



3. Tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus alientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

4. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; y 510/2016, de 20 de julio).

En el presente caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, debe concluirse que la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información que le imponía la normativa anteriormente señalada.

En concreto, la sentencia recurrida reconoce que la entidad bancaria no facilitó una información clara y precisa acerca del funcionamiento y de los riesgos que comportan este tipo de contratos o de productos financieros, particularmente sobre su coste de cancelación. Sin embargo, pese al incumplimiento de estos deberes de información, descarta la transcendencia del error vicio con base en la condición del licenciado en económicas y a la experiencia profesional del representante de la empresa, y a que pudo, en todo caso, solicitar más información del producto a la tesorería de la entidad bancaria.

No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.



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 propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banco Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

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

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

En todo caso, la mera cualificación que otorga el ser licenciado en económicas, o la experiencia de ser representante de la sociedad, por ellos solos no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al actual artículo 78 bis LMV esta Sala, en su sentencia núm. 60/2016, de 12 de febrero, ha declarado lo siguiente:

«[...] No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de Inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que habla asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.
2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, por lo que procede hacer expresa imposición de estas costas de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.
3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

FALLO



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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Vidrio en Fachadas-92, S.A., contra la sentencia dictada, con fecha de 21 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 129/2013, que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, para confirmar en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Baracaldo, de 12 de noviembre de 2012, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 192/2012. **2.** No hacer imposición de las costas del recurso de casación. **3.** Imponer las costas de apelación a la parte apelante. **4.** Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ