



Roj: **STS 1494/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1494**

Id Cendoj: **28079110012017100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2017**

Nº de Recurso: **235/2014**

Nº de Resolución: **233/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2013, dictada en recurso de apelación núm. 804/2012, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 499/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L., representado por la procuradora Dña. Lourdes Madrid Sanz, bajo la dirección letrada de D. Pablo Camprubí Garrido, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco de Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarreta. Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La mercantil Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L., representada por la procuradora Dña. Anna Camps Herreros, bajo la dirección del letrado D. Pablo Camprubí Garrido, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Declarando la nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras suscrito el 23 de febrero de 2007 y del contrato de permuta financiera de tipo de interés de fecha idéntica, 23 de febrero de 2007 y acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de mi mandante en las liquidaciones trimestrales y anuales realizadas de acuerdo con los contratos suscritos, más los intereses legales y condenando al demandado al pago de las costas procesales».

**2.-** La entidad demandada Banco Santander S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Ildfonso Lago Pérez y bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarreta, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Barcelona se dictó sentencia, con fecha 30 de abril de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimo íntegramente la demanda promovida por Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L., contra Banco Santander Central Hispano S.A., declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 23



de febrero de 2007 y del contrato de permuta financiera de tipo de interés de la misma fecha, con restitución recíproca de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de la actora en las liquidaciones trimestrales y anuales realizadas según dichos contratos, con los intereses legales de demora procesal desde la presente resolución. Se imponen las costas procesales a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada Banco Santander S.A., la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 30 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario núm. 499/2011, de fecha 30 de abril de 2012, debemos revocar dicha resolución y en su lugar, desestimando la demanda que contra la misma interpuso Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L. debemos absolverle de la misma, sin efectuar expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias».

Y en fecha 11 de octubre de 2013, mediante auto, se denegó la petición de complemento de la sentencia solicitado por la representación de la demandante Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L..

**TERCERO.- 1.-** Por Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L. se interpuso recurso de casación en razón de interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único: fundado en el artículo 477.2.3 LEC , en la sentencia recurrida los preceptos legales infringidos han sido: los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 del Código Civil , los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (reformada por Ley 47/2007 del 19 de diciembre) y los arts. 58 a 74 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 16 de noviembre de 2016 , se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir únicamente el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido Banco de Santander S.A., y en su nombre y representación el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes* .

**1.-** La demanda.

La demanda se interpone por una sociedad limitada contra el banco (Banco de Santander), sobre nulidad por error en el consentimiento.

Contrato suscrito el 23 de febrero de 2007.

**2.-** La sentencia de primera instancia.

Estimó la demanda. Declaró que no hubo información suficiente.

**3.-** La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación del banco demandado y desestimó la demanda.

Esta sentencia excluye el error porque:

- En el anexo al contrato (folio 93 del tomo I de autos de primera instancia) se exponían los escenarios posibles.
- De acuerdo con la STS de 21 de noviembre de 2012 , es aplicable la doctrina general sobre el error.
- El representante legal de la demandante es una persona que ha sido administrador de varias empresas, que conoce el mundo mercantil y laboral, que juega alguna vez en bolsa y concienzudo en la negociación, y se supone que los comerciantes leen los contratos, por lo que pudo aclarar las dudas y si hubo error sería inexcusable.
- No siendo consumidor la información recibida fue suficiente.

#### 4.- El recurso de casación.

Se interpone por la sociedad limitada demandante basado en el interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre:

- La suficiencia de la documentación contractual para entender cumplido el deber de información, dado que contenía escenarios.
- Nivel de diligencia exigible al cliente.
- Perfil del cliente, en cuanto administrador de sociedades y con experiencia en Bolsa.
- Nivel de información.

#### 5.- Hubo oposición a la admisión.

El banco demandado, parte recurrida, al comparecer en casación, ha alegado causas de inadmisión.

**SEGUNDO** .- *Contrato de swap de 23 de febrero de 2007.*

« CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS

("Swap Bonificado Reversible Media")

A: INGENIERIA CONTRATACIONES Y SERVICIOS S.L.

(en adelante, "el Cliente")

CIF: B60088721

DIR: VALENCIA 3

cp: 08015 BARCELONA

TELF.: FAX:

DE: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.

(en adelante, "SANTANDER CENTRAL HISPANO")

CIF: A-39000013

Dpto. de Control y Gestión Documental

Tesorería - Edificio Marisma (valija 9612/8795)

Ciudad Grupo Santander, Boadilla del Monte 28660

Muy Sres. nuestros:

El objeto de este documento es confirmar los términos y condiciones de la Operación acordada entre nosotros en la Fecha de la Operación más abajo indicada. Este documento constituye una Confirmación a los efectos establecidos en el Contrato Marco de Operaciones Financieras en la forma publicada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) (en adelante, el "Contrato Marco"). Si a la Fecha de la Operación existe un Contrato Marco firmado entre las partes, la presente Confirmación formará parte y estará sujeta a dicho Contrato. En el caso de que en la Fecha de la Operación no tuviéramos firmado un Contrato Marco, por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un Contrato Marco con las modificaciones que de buena fe acordemos. Todas las estipulaciones contenidas o incorporadas mediante referencia al Contrato Marco regularán esta Confirmación, salvo lo expresamente modificado en la misma. En caso de discrepancia entre lo dispuesto en el Contrato Marco y esta Confirmación, prevalecerá lo dispuesto en esta última.

Los términos y condiciones de la Operación, a la que esta Confirmación hace referencia son los siguientes:

Operación: Permuta Financiera de Tipos de Interés.

El Banco paga trimestralmente un Tipo Variable (Euribor 12M) fijado al inicio de cada Periodo de Cálculo Trimestral / el Cliente paga anualmente: i) el Tipo Fijo correspondiente (si el Tipo Variable Medio Trimestral resulta ser igual o inferior al tipo Barrera knock-In correspondiente) o ii) el Tipo Variable Medio Trimestral menos el Diferencial correspondiente, en su caso (si el Tipo Variable Medio Trimestral resulta ser superior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente).

Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un Cap Medio Trimestral con Knock-In. El importe de la prima de la opción Cap vendida por el Cliente se aplica a reducir el Tipo Fijo de la Operación.



Fecha de la Operación: 23/02/2007

Fecha de Inicio: 26/02/2007

Fecha de vencimiento: 26/02/2010

Importe Nominal: EUR 1.000.000,00

**A) Importes Variables pagaderos por SANTANDER CENTRAL HISPANO:**

Pagador del Tipo Variable: SANTANDER CENTRAL HISPANO

Fechas de Pago para el Pagador del Tipo Variable: 28/05/2007 27/08/2007 26/11/2007 26/02/2008

26/05/2008 26/08/2008 26/11/2008 26/02/2009

26/05/2009 26/08/2009 26/11/2009 26/02/2010

Tipo Variable de Referencia: EURIBOR 12M según las reglas de cálculo de la

Federación Bancaria Europea y que a efectos

informativos aparece en la página EURIBORO1

de Reuters (o página que la sustituya).

Diferencial: Ninguno

Periodo de Cálculo: Trimestral

Base de Liquidación del Tipo Variable de Referencia: ACT/360

Fechas de Fijación del Tipo Variable de Referencia: El segundo Día Hábil anterior a la fecha de inicio

de cada Periodo de Cálculo.

Capitalización: N/A

**B) Importes pagaderos por el Cliente:** Para cada uno de los sucesivos Periodos de Cálculo, si el Tipo Variable Medio Trimestral es igual o inferior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente, el Cliente pagará, para ese Período, el Tipo Fijo correspondiente. Si por el contrario, el Tipo Variable Medio Trimestral es superior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente, el Cliente pagará, para ese Período, el Tipo Variable Medio Trimestral menos el Diferencia correspondiente, en su caso.

Periodo	Tipo Fijo	Tipo Cap	Tipo Barrera	Diferencial
Knock-In				
Desde (Inclusive)	Hasta (Exclusive)			
26/02/2007	26/02/2008	4,37%	4,37 %	4,75 % 0,00 %
26/02/2008	26/02/2009	4,37%	4,37 %	4,75 % 0,00%
26/02/2009	26/02/2010	4,37	4,37 %	4,75 % 0,00 %

Periodo de Cálculo:

Tipo Variable Medio Trimestral: Anual

La media aritmética de las fijaciones del EURIBOR 12M según las reglas de cálculo de la Federación Bancaria Europea y que a efectos informativos aparece en la página EURIBORO1 de Reuters, o página que en el futuro la sustituya) obtenido en las Fechas de Observación.

**Escenarios :** En el primer periodo anual, siendo el tipo fijo el 4,37%, el nivel de referencia (tipo barrera knock-in) el 4,75% y el diferencial el 0,00%; en función de la evolución del tipo variable de referencia pueden darse los siguientes escenarios:

Escenario Liquidación Neta Resultado

**Tipo variable medio trimestral\*=<4,75%** El Cliente recibe trimestralmente EURIBOR 12M del inicio de cada periodo trimestral y paga anualmente tipo fijo 4,37%.

**Tipo variable medio trimestral\*>4,75%** El cliente recibe trimestralmente EURIBOR 12M del inicio de cada periodo trimestral y paga anualmente la media del EURIBOR 12M del inicio de cada período de cálculo trimestral menos un diferencial del 0,00%. El resultado positivo o negativo de esta estrategia dependerá:



-Si no se supera el nivel de referencia del comportamiento durante el período anual del EURIBOR 12M de las fechas de fijación respecto al tipo fijo.

-Si se supera el nivel de referencia, del comportamiento comparativo del EURIBOR 12M de las fechas de fijación respecto a la media aritmética del EURIBOR 12M del inicio de cada período de cálculo trimestral.

**TERCERO** .- *Causas de inadmisibilidad* .

La parte recurrida alega inadmisibilidad de la casación, lo que debe rechazarse, dado que:

- a) No se pretende convertir a este tribunal en una tercera instancia, dado que en el recurso de casación no se argumentan cuestiones fácticas.
- b) Se indica con claridad la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, con expresión de cuál se postula.
- c) Se invocan con claridad los preceptos que se pretenden infringidos.
- d) Se reconoce que el eje del recurso es la ausencia de información necesaria, como base de la excusabilidad del error.

**CUARTO** .- *Motivo único*.

Fundado en el artículo 477.2.3 LEC , en la sentencia recurrida los preceptos legales infringidos han sido: los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 del Código Civil , los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (reformada por Ley 47/2007 del 19 de diciembre) y los arts. 58 a 74 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.

Motiva el recurrente:

«Recurso de casación fundado en razón de interés casacional.

»Primero.- Como hemos anunciado, el recurso de casación se fundamenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la presente cuestión.

»Concretamente citamos como contradictorias las sentencias que adjuntamos al presente escrito como documentos 2 y 3 de fechas 10 de enero de 2012 y 26 de enero de 2012, correspondientes a la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Badajoz, como documentos 4 y 5 sentencias de fecha 9 de noviembre de 2012 y 1 de julio de 2013 correspondientes en la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Barcelona ; y frente a ellas, citamos como sentencias contradictorias, la sentencia recurrida y como documentos 6 y 7 sentencias de fechas 12 de diciembre de 2011 y 27 de septiembre de 2012 correspondientes a la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona .

»Existen muchas más sentencias en el mismo sentido que las indicadas en primer orden. Dichas sentencias las citamos a mayor abundancia por guardar las mismas contradicciones con la recurrida y las citadas en último lugar. Entre esta cabe destacar las siguientes: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1 sentencia de 13-12-2011 y 16- 12-2010, Sección 15 sentencia 19-04-2012 y 20-09-2012 , Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13 sentencia 14-02-2012 , Sección 24 sentencia 20-10-2011 , Sección 11 sentencia 28-01-2013 , Sección 9 sentencia 24-09-2012 , Sección 18 sentencia 06-07-2011 , Sección 19 sentencia 11-05-2012 , Audiencia Provincial de Burgos Sección 3 sentencias 445 y 486, Audiencia Provincial de León Sección 2 sentencia 17-05-2011 , Audiencia Provincial de Álava sentencia 217/2011 , Audiencia Provincial de Bizkaia sentencia 690/2010 ....».

**QUINTO** .- *Decisión de la sala* .

Se estima el motivo.

De la redacción de las cláusulas antes transcritas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo, máxime cuando el propio banco alega que se trataba de «la estabilización de la carga financiera» (folio 5 del recurso de apelación).

Examinado el contrato no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.



La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección a la persona jurídica pues la diatriba no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o minorista.

La actora alegó que creía haber suscrito un seguro de tipo de interés y no una apuesta sobre tipos de interés.

La excusabilidad del error queda acrecentada dado que no se entregó previamente documentación alguna, ni consta correspondencia previa que justificase un soporte documental para la información.

La existencia de unos denominados escenarios en el contrato, antes transcritos, no dota de transparencia al contrato pues pecan de igual oscuridad que el resto del clausulado, no aclarado mediante unas convenientes simulaciones, que no se efectuaron.

Por otro lado, que el administrador de la demandante invirtiese en la compra de acciones en Bolsa tampoco le dota de conocimientos sobre productos derivados complejos como el swap.

**SEXTO** .- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, 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.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación 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. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al los contrato de permuta financiera litigioso, y expresamente citado en la sentencia recurrida, 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».

**SÉPTIMO** .- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- 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 ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre ).

**2.-** En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

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.

**3.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del pleno de esta Sala 1ª 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 el Banco 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.

**4.-** 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.

**5.-** 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 estimar la demanda, en concreto la petición de anulabilidad por concurrencia de error ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil ).

**OCTAVO** .- Estimado el recurso, casamos la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 30 de abril 2012, en autos de juicio ordinario núm. 499 /2011 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona.

**NOVENO** .- *Costas.*

No procede imposición de la costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC ). Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

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

#### **esta sala ha decidido**

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Ingeniería Contrataciones y Servicios S.L. contra sentencia de 30 de julio de 2013, de la apelación 804/2012, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona . **2.º**- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 30 de abril 2012, en autos de juicio ordinario núm. 499/2011 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona. **3.º**- No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir. **4.º**- Se imponen a la demandada las costas de la apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.