



Roj: **STS 2040/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2040**

Id Cendoj: **28079110012017100319**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2017**

Nº de Recurso: **2843/2014**

Nº de Resolución: **321/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1347/2014,**
STS 2040/2017,
AATS 7049/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 327/2013, de la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 2227/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil En-Gu Inversiones S.L., representado por el procurador D. Rafael Marín Benítez, bajo la dirección letrada de Dña. Patricia Gabeiras Vázquez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Luis Javier Vidal Calvo. 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 española En-Gu Inversiones, Sociedad Limitada, representado por el procurador D. Rafael Marín Benítez y asistido del letrado Dña. Patricia Gabeiras Vázquez y D. Jesús González de la Peña y Gutiérrez de Gandarilla, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«En la que:

»a) Se declare la nulidad de los contratos denominados contratos sobre operaciones financieras, en concreto los contratos de permuta financiera de tipos de interés, y que fueron suscritos entre mi representada y la entidad bancaria Banesto, S.A..

»b) En consecuencia con la declaración de nulidad del contrato suscrito por mis representados, que se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones derivadas de los contratos suscritos, en el sentido de que mis representados pondrán a disposición de Banesto S.A., los 6.926,18 euros percibidos, y Banesto S.A. en virtud de la declaración de nulidad deberá devolver las liquidaciones negativas abonadas por mis mandantes (en concreto, 271.943,94 euros) y no podrá reclamar la última liquidación del cuarto contrato (en concreto 54.704,80 euros) así como los intereses que se hubieran podido devengar de las mismas.



»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.- El demandado Banco Español de Crédito S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Luis Osborne García-Raez y bajo la dirección letrada de D. Juan Moya Gómez, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Íntegramente desestimatoria de las peticiones esgrimidas de adverso, con expresa imposición de costas a la actora por la temeridad de sus planteamientos, y ello con cuanto más proceda en derecho (art. 231 LEC) por ser de justicia que respetuosamente pido».

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 Jerez de la Frontera se dictó sentencia, con fecha 18 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Marín Benítez en representación de Engu Inversiones S.L. frente a Banesto, debo declarar y declaro la nulidad del contrato nulidad del contrato de 29-11-2006 de permuta financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a variable firmado entre las partes, debiéndose las partes restituirse recíprocamente lo recibido en virtud de dicha relación contractual -punto 4.º fundamento de derecho segundo-, junto con los intereses legales correspondientes devengados desde la fecha de los cargos y abonos realizados en la cuenta asociada del contrato e imposición a la demandada del interés de la mora procesal devengado desde la fecha de la presente resolución. Se imponen a la parte demandada las costas del procedimiento».

4.- El procurador D. Luis Osborne García-Raez se persona en nombre y representación de Banco de Santander S.A., subrogándose en la causa en nombre de Banco Español de Crédito S.A. al haberse fusionado ambos por absorción, documentándolo en legal forma, y apela la sentencia dictada.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección octava de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 10 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos el recurso de apelación formulado por Banco Santander S.A, que se ha subrogado en la posición procesal de Banco Español de Crédito S.A. (Banesto), revocamos la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimamos la demanda formulada por En-Gu Inversiones S.L. y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones dirigidas contra ella.

»No imponemos las costas ni de la primera ni de la segunda instancia a ninguna de las partes, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia, mientras las comunes deberán abonarse por mitad».

TERCERO.- 1.- Por En-Gu Inversiones S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que fue inadmitido y se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina interpretativa del art. 1266 del CC recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, núm. 244/2013 de 18 de abril , 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014 de 7 de julio y 387/2014 de 8 de julio , al analizar la teoría del error en el consentimiento, y en concreto, el requisito de excusabilidad, sin tener en cuenta el contexto del tráfico de productos financieros, ni la Directiva Mifid a efectos interpretativos.

Motivo segundo.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Contradice el art. 1266 del CC y la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta en relación a la sucesión de contratos, y que determina que cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él, puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos: sentencia núm. 375/2010, de 17 de junio , y sentencia núm. 834/2009, de 22 de diciembre, ambas de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Motivo segundo (bis).- Asimismo, la resolución del recurso presenta interés casacional por que la sentencia contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de nulidad de los contratos que declara la nulidad absoluta *ipso iure, ex*, art. 6.3 del CC de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa. Así ha de tenerse como conculcada la doctrina sentada en este aspecto por el alto tribunal en, entre otras, sus sentencias 710/2011 de 7 de octubre , 665/2012 de 15 de noviembre y 241/2013 de 9 de mayo .

Motivo tercero.- El recurso presenta interés casacional por oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que declara que la nulidad de este contrato



también puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC) En concreto infracción de la doctrina recogida en las sentencias 798/2007 de 11 de julio , 683/2012 de 21 de noviembre , y de 5 de marzo de 2010 , RJ 2010/2390.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo y turnadas de ponencia se formuló recusación del magistrado ponente que fue tramitada en legal forma y de la que desistieron posteriormente; sustanciándose nuevamente los recursos interpuestos se resolvió por auto, de fecha 21 de diciembre de 2017, sobre la admisión de los mismos en el sentido de inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir 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 el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., 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 16 de mayo 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 (Banesto, hoy Banco de Santander), sobre nulidad de cuatro contratos de swap por error en el consentimiento

Contratos suscritos desde el año 2003 al 29 de noviembre de 2006.

2. La sentencia de primera instancia.

Estimó la demanda y declaró la nulidad del último swap (ya que los anteriores se habían ido cancelando). Declaró que la información del banco fue prácticamente inexistente, con carencia de información precontractual escrita, careciendo el demandante de formación financiera.

3. La sentencia de segunda instancia.

- Estimó el recurso de apelación del banco y desestimó la demanda al no apreciar la existencia de error.

- La Audiencia considera que las contrataciones sucesivas excluyen el error y que el cliente tardó 8 años desde la contratación del primer swap en presentar la demanda, es una sociedad con cierta relevancia económica, se abonaron 3 liquidaciones negativas sin alegar el error y le era exigible al cliente una actitud más diligente.

- Añade que no hay dolo omisivo, pues aunque no se ha probado por el banco que se diera información escrita eso no implica dolo; y tampoco resulta apreciable la nulidad derivada de la infracción de norma imperativa.

4. El recurso de casación.

Se interpone por la mercantil demandante basado en el interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre:

- Alcance del deber de información y su incidencia en el error vicio.

- Nulidad radical derivada de la infracción de norma imperativa.

- Nulidad del contrato por dolo omisivo.

SEGUNDO .- *Motivo primero*.

Motivo primero.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina interpretativa del art. 1266 del CC recogida en las sentencias del Tribunal Supremo, núm. 244/2013 de 18 de abril , 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/2014 de 7 de julio y 387/2014 de 8 de julio , al analizar la teoría del error en el consentimiento, y en concreto, el requisito de excusabilidad, sin tener en cuenta el contexto del tráfico de productos financieros, ni la Directiva Mifid a efectos interpretativos.

TERCERO .- *Relación de hechos declarados probados*.

1. La empresa demandante está dedicada al tráfico inmobiliario, con un endeudamiento bancario en torno a los diez millones de euros.

2. Su administrador inició y no concluyó estudios de aparejador.

3. No consta entrega de información precontractual escrita.



4. Consta que el administrador de la demandante, era apoderado de otra sociedad que había contratado dos permutas financieras de divisas (euro-franco suizo) y (dólar estadounidense- franco suizo), de carácter especulativo, dado que no garantizaban las fluctuaciones del tipo de interés de un préstamo.
5. El contrato de swap que se intenta anular, fue precedido de otros tres que fueron cancelándose a instancia del demandante, por liquidaciones negativas, cuyo importe se devolvía o compensaba por el banco, ofreciendo un nuevo contrato, cada vez, con importe y vigencia diferente.

CUARTO .- En la sentencia recurrida consta lo siguiente.

"En primer lugar, la experiencia que tenían el administrador de la sociedad demandante como consecuencia de su intervención en la contratación de otros productos financieros antes del contrato firmado en el año 2006. Se ha acreditado documentalmente, (doc. 6 de la contestación a la demanda), que la sociedad Desarrollo Inmobiliario Andaluz S.L. en el año 2003 había suscrito un contrato de permuta de tipos de interés referenciada a los tipos de interés del euro y el franco suizo, con un nominal de 600.000 euros. Esa operación se canceló y se sustituyó en enero de 2005 por otra con el mismo nominal y relativo a la permuta financiera referenciada a los tipos de interés del dólar estadounidense y el franco suizo. De esa sociedad era apoderado el señor Everardo , administrador de la sociedad demandante. En la sentencia recurrida se dice que esos contratos anteriores nunca fueron perjudiciales para el cliente y por ello no pudieron motivar la alerta de los gestores de la sociedad demandante en este procedimiento, que habían tenido intervención en esas otras operaciones. Sin embargo, nos parece que lo relevante de esos contratos de permuta de tipos de interés referenciados a divisas es que ponen de relieve que los gestores de la sociedad demandante tenían experiencia previa en la contratación de un producto de carácter especulativo y no relacionado con la actividad inmobiliaria, que no se correspondía con una gestión conservadora del patrimonio y que supone un indicio de conocimiento e interés por una actividad financiera desconectada del negocio inmobiliario.

»Una segunda circunstancia relevante nos parece que es la dimensión económica de la actividad bancaria de la sociedad demandante, pues en juicio se admitió por el señor Everardo que hubo un período en que el endeudamiento de la sociedad fue superior a 10 millones de euros, (aproximadamente minuto 5 de la grabación) y de los propios contratos objeto del pleito resulta la existencia de préstamos hipotecarios superiores a los 2 millones de euros. Una actividad económica de esa magnitud nos parece que no sólo resulta indicativa de un conocimiento del mundo de los negocios y su financiación, sino que también pone de manifiesto la necesidad de procurarse asesoramiento proporcionado a dicha actividad. Sin que nos parezca relevante a estos efectos la referencia que hace la sentencia recurrida a la formación académica del Sr. Everardo , que no acabó los estudios de aparejador, y del Sr. Everardo , que es administrativo. En nuestra opinión, la falta de formación universitaria en materias económicas o financieras de los gestores de la sociedad debe contrastarse en este caso con los datos que ponen de manifiesto que esa sociedad desarrollaba una importante actividad económica y financiera. Según el razonamiento de la sentencia recurrida sería suficiente con nombrar representantes de la sociedad o encargados de su gestión a personas analfabetas para poder alegar posteriormente el error como motivo de nulidad de cualquier contrato que se firmase, por ello nos parece que, más relevante que el aspecto formal de una posible educación académica en las primeras décadas de la vida, es la realidad de la actividad económica desempeñada por la sociedad y la necesidad de asesoramiento profesional, fiable y proporcionado a la dimensión de esa actividad económica, pues lo imprudente es prescindir de ese asesoramiento.

»Un tercer aspecto que creemos que debe tenerse en cuenta es el desarrollo de los sucesivos contratos suscritos entre En-Gu Inversiones S.L. y Banesto. La demanda solicitando la nulidad contractual fue presentada el 24 de noviembre de 2011, ocho años después del primero de los contratos a los que se refirió la petición de nulidad, pues ese primer contrato es de noviembre de 2003. Ese primer contrato ya provocó dos liquidaciones negativas para En-Gu Inversiones S.L. en agosto y noviembre de 2004, por importe de 817,78 euros y 695,11 euros, y a una tercera liquidación negativa según la cual En-Gu Inversiones S.L. tenía que abonar 5.228,67 euros. Esta última liquidación no llegó a abonarla la sociedad En-Gu que negoció con el banco un nuevo contrato. Pero esas liquidaciones forzosamente tuvieron que generar una alarma importante para la sociedad demandante, sobre todo teniendo en cuenta que se trataba de deudas reales, no simples simulaciones como las que la parte demandante reclama que deberían haberse proporcionado previamente a la celebración del contrato de noviembre de 2006, declarado nulo por la sentencia recurrida. Además los motivos de alarma no cesaron con esas liquidaciones sino que la sociedad demandante se encontró con que el banco le reclamaba otros 1565,67 euros, que finalmente no llegó a abonar porque se negoció un tercer contrato, el cual generó a su vez otra liquidación en contra de la sociedad En-Gu en noviembre de 2006 por importe de 85.291,58 euros, aunque esa cantidad no tuvo que abonarla en su totalidad En-Gu pues llegó a un acuerdo con el banco para compensarla con una liquidación anterior favorable a la sociedad demandante, por importe de 36.193,97 euros, y con el abono que realizó el banco de la diferencia entre ambas liquidaciones, de forma que no hubiese saldo



favorable para el banco ni tampoco para el cliente. Creemos que esas importantes cantidades reclamadas por el banco como consecuencia de los contratos, reiteradas a lo largo de más de dos años y pese a las modificaciones contractuales pactadas, eran mucho más esclarecedoras que cualquier simulación que el banco hubiese podido proporcionar a la sociedad demandante. No era necesaria la simulación pues las deudas reales se repetían y ponían de manifiesto el importante coste que podría llegar a tener lo acordado, de forma que la reacción lógica y prudente parece que hubiese sido que los responsables de la sociedad se alarmasen y asesorasen sobre las características de los contratos suscritos. La parte apelada sostiene que esa sucesión de contratos y de liquidaciones desfavorables no resultó significativa porque el banco aceptó no cobrar esas liquidaciones a cambio de la firma de nuevos contratos. Lo primero que cabe señalar es que no todas las liquidaciones fueron devueltas, pues el cliente abonó dos en el año 2004 por importe superior a 1.600 euros y también tuvo que perder más de 36.000 euros correspondientes a una liquidación que le era favorable y que tuvo que compensar con otra favorable al banco. En segundo lugar, nos parece que el hecho de que el banco aceptase no reclamar esos importes no justifica que una sociedad con la actividad económica de la demandante confiase ciegamente en las manifestaciones de los empleados del banco y firmase un nuevo contrato en noviembre de 2006 cuando lo sucedido hasta el momento había generado motivos más que suficientes para desconfiar de la actuación de la parte contraria y para buscar asesoramiento adecuado a la vista del importantísimo riesgo de firmar un nuevo contrato por importe de casi 5 millones de euros, teniendo en cuenta lo sucedido con los contratos anteriores».

QUINTO .- *Motivos segundo, segundo bis y tercero.*

Motivo segundo.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Contradice el art. 1266 del CC y la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta en relación a la sucesión de contratos, y que determina que cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él, puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos: sentencia núm. 375/2010, de 17 de junio , y sentencia núm. 834/2009, de 22 de diciembre, ambas de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Motivo segundo (bis).- Asimismo, la resolución del recurso presenta interés casacional por que la sentencia contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de nulidad de los contratos que declara la nulidad absoluta *ipso iure, ex*, art. 6.3 del CC de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa. Así ha de tenerse como conculcada la doctrina sentada en este aspecto por el alto tribunal en, entre otras, sus sentencias 710/2011 de 7 de octubre , 665/2012 de 15 de noviembre y 241/2013 de 9 de mayo .

Motivo tercero.- El recurso presenta interés casacional por oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que declara que la nulidad de este contrato también puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC) En concreto infracción de la doctrina recogida en las sentencias 798/2007 de 11 de julio , 683/2012 de 21 de noviembre , y de 5 de marzo de 2010 , RJ 2010/2390.

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad propuestas, dado que el recurrente no cuestiona la valoración probatoria, sino la excusabilidad del error.

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 a los contratos de permuta financiera litigiosos, 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».

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 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 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.

OCTAVO .- Aplicada la doctrina referida en relación con los motivos del recurso, debemos recordar que debe entenderse 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.

En el presente caso no consta una información suficiente de carácter precontractual, sin embargo, sí se acredita que la parte demandante tenía experiencia en productos financieros aún más complejos que el analizado, al tiempo que aquellos que precedieron al ahora estudiado eran de naturaleza eminentemente especulativa, al operar sobre las fluctuaciones de divisas.

Por ello, debemos declarar que la interpretación normativa que se efectúa en la sentencia recurrida es plenamente ajustada a derecho, en cuanto entiende que el volumen de negocio de la demandante y su pasivo bancario unidos a que tenía experiencia en otros swaps (divisas), aún más complejos, permite entender que el pretendido error no era excusable (art. 1266 C. Civil).

NOVENO .- Sentado que el demandante gozaba de información suficiente, por su previa experiencia, ninguna trascendencia tiene la alegación del motivo segundo sobre la existencia de contratos «encadenados», pues el plus de información no se deriva de estos sino de la previas permutas financieras de divisas (art. 1266 C. Civil).

DÉCIMO .- En el motivo tercero (definido erróneamente, también, como segundo en el recurso), debemos insistir en lo ya declarado por esta sala sobre la inexistencia de nulidad por incumplimiento de norma imperativa dado que la deficiente información no acarrea la nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de su influencia en el error-vicio como causa invalidante del contrato (sentencia 716/2014 de 15 de diciembre).

UNDÉCIMO .- Por lo que se refiere al motivo cuarto, en la sentencia recurrida no se recogen hechos que sustenten la declaración de dolo omisivo (art. 1269 C. Civil).

DUODÉCIMO .- Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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 de casación interpuesto por En-Gu Inversiones S.L. contra sentencia de diez de septiembre de 2014, recurso de apelación núm. 327/2013, de la sección octava de la Audiencia Provincial de Cádiz. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida en todos sus extremos. **3.º-** Se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir. 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 colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ