



Roj: **STS 2267/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2267**

Id Cendoj: **28079110012017100359**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2017**

Nº de Recurso: **3053/2014**

Nº de Resolución: **359/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5037/2014,**
STS 2267/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 7 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 782/2012, de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1375/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Barcelona; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por Promocions Riera D?Escuder S.L., representado en primera y segunda instancia por el procurador D. Roger García Girbes, bajo la dirección letrada de D. Raúl Rodríguez Sánchez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona en esta alzada Banco Santander S.A. representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Promocions Riera D?Escuder S.L., representado por el procurador D. Roger García Girbes y asistido del letrado D. Miguel García Cuesta, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Mediante la cual:

»1.- Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés de 9 de noviembre de 2007, por un importe nominal de 100.000,00.-€, y que para mayor identificación se ha acompañado de documento núm. uno. Y, en su consecuencia se declare que los contratantes deben restituirse recíprocamente, con los intereses legales correspondientes los importes pagados mutuamente y que se han detallado en el hecho noveno de este escrito de demanda.

»2.- Subsidiariamente, se declare la resolución del contrato de permuta financiera de tipos de interés de 9 de noviembre de 2007, por un importe nominal de 100.000,00.-€, y que para mayor identificación se ha acompañado de documento núm. uno. Y, en su consecuencia se declare que los contratantes deben restituirse recíprocamente, con los intereses legales correspondientes los importes pagados mutuamente y que se han detallado en el hecho noveno de este escrito de demanda.

»3.- Y subsidiariamente a las anteriores dos peticiones, se declare la responsabilidad contractual de la demandada por comercialización defectuosa o negligente del producto que nos ocupa, con obligación de



indemnización de los perjuicios causados a mi mandante y consistentes en el importe de 6.516,87.-€, con más el interés legal desde la interposición de esta demanda.

»4.- Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a ejecutar lo preciso en orden a dar cumplimiento a cuanto se declare.

»5.- Se impongan a la parte demandada, en cualquier caso, las costas judiciales del presente procedimiento».

2.- El demandado Banco Santander S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Jordi Fontquerni Bas y bajo la dirección letrada de Dña. Patricia Rosell Domínguez, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que, desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de la totalidad de las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora haciendo expresión de su mala fe y temeridad».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Barcelona se dictó sentencia, con fecha 23 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Desestimo íntegramente la demanda formulada por Promocions Riera D?Escuder S.L. contra Banco Santander S.A., a la que absuelvo libremente y con todos los pronunciamientos favorables de la pretensión formulada de contrario por Promocions Riera D?Escuder S.L. a fin de que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés de 9 de noviembre de 2007 por importe nominal de 100.000.-€ acompañando documento núm. 1 con la demandada, con declaración de que los contratantes deban restituirse recíprocamente con los intereses legales correspondientes los importes pagados mutuamente detallados en 90 en el hecho noveno del escrito de demanda (9,97.-€ y 6516,87.-€), así como del resto de pretensiones que por vía subsidiaria se formulan en el segundo y tercero en el suplico de la demanda rectora de esta litis. Dispongo que cada litigante Promocions Riera D?Escuder S.L. y Banco Santander S.A. abonen las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 29 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Promocions Riera D?Escuder S.L. contra la sentencia dictada en fecha 23 de mayo de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona, en los autos de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante».

Y en la misma consta voto particular en el que se discrepa del criterio de la mayoría manifestando:

«En conclusión entiendo, pues, que en el presente caso, la información facilitada por la ahora demandada fue insuficiente y aparece como suficientemente seguro (y no como mera probabilidad- STS 21 de noviembre de 2012), que esa falta de información precontractual provocó en la parte demandante un evidente error sobre el funcionamiento y los riesgos asociados del producto (objeto del contrato), entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS 25 de mayo de 1963), que invalida el consentimiento (art. 1266 CC) y da lugar a la nulidad del negocio jurídico. Y ese error no aparece como excusable pues como razona el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 20 de enero de 2014 "la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

»La nulidad de la operación determinaría la restitución de las prestaciones, lo que comportaría la devolución por los contratantes de las cantidades recibidas fruto de las liquidaciones efectuadas más los correspondientes intereses.

»Por las razones expuestas, el recurso debería ser estimado y por ende, revocada la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia».

Y con fecha 21 de julio de 2014 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva acuerda:

«La sala acuerda:



»Se aclara el fundamento primero de la sentencia en el sentido de que el contrato es de noviembre de 2007 y el fundamento quinto en el sentido de que el dictamen fue admitido y aportado al folio 460 y siguientes de los autos, no ha lugar al complemento de la sentencia solicitado».

TERCERO.- 1.- Por Promocions Riera D'Escuder S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1, 2.º de la LEC, por vulneración del derecho a que se consigne en la sentencia los hechos que el juzgador estima probados con expresión de la valoración de la prueba y que le sirven de fundamento para efectuar la calificación jurídica, reconocido en el art. 209.2.º de la LEC.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469.1 motivo 4.º de la LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española por valoración absurda, arbitraria e ilógica de la prueba y error patente, ostensible y notorio en la valoración de la prueba.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 469.1 motivo 2.º de la LEC, por vulneración del derecho a una sentencia debidamente motivada reconocida en el art. 218.2 de la LEC, y en consecuencia, por vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española.

Y se interpuso recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º en relación al art. 477.3, ambos de la LEC, por infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores e infracción de los apartados 1 y 3 del art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993 sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y por vulneración de la doctrina jurisprudencial fijada por las sentencias del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 244/2013, de 18 de abril y la núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, relativas a los deberes de información que pesan sobre las entidades financieras respecto de sus clientes minoristas.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º en relación al art. 477.3, ambos de la LEC, por infracción del art. 1261.1.º, del art. 1265 y del art. 1266, todos del Código Civil y por vulneración de la doctrina jurisprudencial fijada por la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 840/2013 de 20 de enero de 2014 en interpretación de dichos preceptos en relación con el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual por las entidades financieras a sus clientes.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.1.3.º en relación con el art. 477.3, ambos de la LEC, por presentar la sentencia recurrida interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia del pleno de la Sala Primera núm. 244/2013, de 18 de abril; sentencia del pleno de la Sala Primera, núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014; sentencia de la Sala Primera, núm. 387/2014, de 8 de julio; sentencia de la Sala Primera, núm. 385/2014 de 7 de julio, y sentencia de la Sala Primera, núm. 384/2014 de 7 de julio) relativa a la interpretación de las obligaciones de información que pesan sobre la entidad financiera y su incidencia en la formación del consentimiento, solicitando que se fije la doctrina jurisprudencial que se concreta en los tres ordinales siguientes:

1. Si la doctrina fijada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a las obligaciones impuestas a las entidades financieras a partir de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 19 de noviembre que modificaba la Ley del Mercado de Valores -normativa Mifid- y su relación con el error vicio, es de aplicación a productos contratados antes de la vigencia de dicha Ley 47/2007 de 19 de noviembre. Por ello, y en consecuencia, si la presunción de error vicio que ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia de pleno de fecha 20 de enero de 2014 para los casos de incumplimiento de las obligaciones de información previstas en la Ley 47/2007 de 19 de noviembre (normativa Mifid) debe de ser aplicada de forma analógica al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa vigente anterior a la Ley 47/2007 de 19 de noviembre, esto es, a las obligaciones contenidas en el art. 5.1 y 5.3 del RD 629/1993.

2. Si la normativa relativa a las obligaciones de información anterior a la Ley 47/2007 de 19 de noviembre debe ser interpretada conforme a la directiva 2004/39/CE, de 21 de abril.

3. Si el incumplimiento del «elevado estándar» que establece la sentencia del pleno de fecha 18 de abril de 2013 para aquellos contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la normativa Mifid -Ley 47/2007 de 19 de noviembre- puede acarrear efectos análogos al incumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la normativa Mifid.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de octubre de 2016, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 30 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 (Banco de Santander), sobre nulidad de un contrato firmado el 9 de noviembre de 2007.

2. La sentencia de primera instancia. Desestimó la demanda.

3. La sentencia de segunda instancia.

Desestimó el recurso de apelación de la mercantil demandante y confirmó la desestimación de la demanda al no apreciar la existencia de error.

La Audiencia no se centró tanto en determinar la información que recibió el cliente (hubo negociaciones previas a la firma de lo que deriva que debió haber información), como en el perfil del cliente (empresa relevante, el administrador conocía este producto porque había firmado otro anterior unos meses antes, la cláusula de cancelación es comprensible, el administrador es jurista y empresario y debió conocer las posibles cláusulas oscuras o abusivas).

4. Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Infracción procesal:

- Exposición insuficiente de los hechos probados que llevan a concluir que hubo información suficiente.
- Valoración arbitraria de la prueba.
- Motivación arbitraria.

Casación:

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.
- Incumplimiento de la obligación de evaluar al cliente.

5. Sí hay oposición a la admisión.

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

SEGUNDO .- Contrato de swap de 9 de noviembre de 2007.

En autos constan lo siguientes términos del contrato:

«ANEXO: FUNCIONAMIENTO PRODUCTO SWAP CONVERTIBLE

»CON CAP CON KNOCK-OUT

»*Definición* : Es un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el banco en el que el cliente recibe trimestralmente el EURIBOR 3M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente: un tipo fijo, inferior al que habría contratado en la versión no convertible de este producto, y en el que el banco tiene la posibilidad, en las fechas determinadas a tal efecto en la confirmación, de ejercitar la opción de conversión unilateral de forma que el cliente pasa a pagar EURIBOR 3M limitado a un máximo (el tipo cap) siempre que el tipo variable de referencia no supere el tipo barrera knock-out en cuyo caso tanto el cliente como el banco quedan referenciados al mismo tipo variable EURIBOR 3M.

»Si a partir de la primera fecha en la que el banco puede ejercitar la opción de conversión y mientras el banco no haya ejercitado dicha opción, el tipo variable de cualquier periodo resulta ser superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out, el tipo a pagar por el cliente para ese periodo será igual al tipo fijo menos la diferencia entre el tipo variable y el tipo cap.



»La conversión unilateral prevista en la confirmación transforma la operación de modo que el cliente deja de pagar el tipo fijo para pagar el EURIBOR 3M fijado al inicio de cada periodo trimestral o el tipo cap, si el EURIBOR 3M es superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out, y no afecta al periodo de cálculo en curso que se liquidará como si la conversión no se hubiera producido.

»Al ser convertible unilateralmente por el banco, el cliente desconoce los periodos de la operación en los que va a pagar tipo fijo. El cliente queda protegido ante subidas de los tipos de interés al estar referenciado a tipo fijo, y si la operación se convierte no pierde totalmente la protección sino que sigue teniendo un margen de protección pero a un tipo superior, el tipo cap, siempre que el EURIBOR 3M sea superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out. Fuera de este intervalo no tendría protección alguna.

»Este producto es adecuado para clientes que a cambio de estar referenciados a un tipo fijo durante los primeros cuatro periodos trimestrales, acepten el riesgo de quedarse referenciados a tipo fijo (aunque el tipo de interés de mercado esté por debajo de dicho tipo fijo) o de limitar su protección al intervalo entre el tipo cap y el tipo barrera knock-out, que son niveles superiores al tipo fijo, a partir de que la operación se convierta.

»Por tanto el producto es consistente con una visión de subida moderada de los tipos de interés a corto plazo, asumiendo el riesgo de conversión, o si se produjera una bajada de tipos, asumiendo una posición de menor pérdida respecto del tipo de interés de mercado que en la misma permuta contratada en su modalidad no convertible.

»*Liquidación* : La liquidación en todo caso, se haya convertido la operación o no, se realiza por diferencias al final de cada periodo de cálculo, y los flujos a pagar por cada una de las partes se calculan sobre el importe nominal vivo a cada fecha de revisión, detallado en la correspondiente confirmación.

»*Escenarios* : Siendo el tipo fijo para el cliente el 4,54%, el tipo cap el 5,25% y el tipo barrera knock-out el 5,75%, en función de la evolución del tipo de variable de referencia EURIBOR 3M pueden darse los siguientes escenarios:

»1) Si no se ha producido la conversión a tipo variable:

ESCENARIO LIQUIDACIÓN NETA

EURIBOR 3M < 4,54% Negativa para el cliente que recibe el EURIBOR 3M de las fechas de fijación y paga el 4,54%

EURIBOR 3M = 4,54% Neutral para el cliente: 0,00%

EURIBOR 3M > 4,53% Positiva para el cliente, que recibe el EURIBOR 3M de las fechas de fijación y paga el 4,54%

»A partir de la primera fecha de conversión unilateral, el cap con knock-out entra en vigor, de manera que si el EURIBOR 3M es superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out, el cliente seguirá recibiendo el EURIBOR 3M pero pagará un tipo fijo inferior, que será igual al tipo fijo menos la diferencia entre el tipo variable y el tipo cap.

»2) Si se ha producido la conversión a tipo variable:

»El cliente sigue recibiendo EURIBOR 3M y pasa a pagar EURIBOR 3M, por lo que el resultado para el cliente es neutral; salvo en el caso de que el EURIBOR 3M sea superior al tipo cap e inferior o igual al tipo barrera knock-out, el cliente pagaría el tipo cap, por lo que en este último caso el resultado para el cliente será positivo.

»*Consideraciones* :

»- El margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierto por este producto.

»- La cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tienen que ser analizados por el cliente: 1) la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación de la que esta operación es cobertura y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2) la discrepancia entre las fechas de revisión del tipo de interés de la financiación y las fechas de fijación de intereses de la permuta.

»- La conversión a tipo variable viene determinada por las operaciones de mercado que el banco necesita realizar para la contratación del producto. En este sentido, la conversión a tipo variable, una vez decidida unilateralmente por el banco, es irrevocable ya que, en caso contrario, se producirían pérdidas para el banco.

»- Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente».

TERCERO . - *Relación de hechos no controvertidos* .

1. El contratante fue considerado minorista y la sentencia declara que no es un «experto inversor financiero».
2. Se contrataron otros swap (no litigiosos), cuyas liquidaciones se desconocen.
3. El importe del swap no estaba vinculado con un préstamo pero se correspondía con las necesidad de cobertura de los préstamos obtenidos en el banco demandado y otros.
4. El representante de la actora es abogado.
5. No consta información precontractual por escrito.

CUARTO .- *Causas de inadmisibilidad del recurso de casación* .

Se desestiman dado que:

1. Se cita doctrina jurisprudencial emanada de sentencia de pleno, posteriormente ratificada por esta sala. El recurrido parece que se confunde con otro asunto.
2. Se respeta la valoración de la prueba, la cual solo se impugna en cuanto materia del recurso extraordinario de infracción procesal.
3. Se individualiza la doctrina que se pretende.

Recurso extraordinario por infracción procesal

QUINTO .- Primer motivo. Al amparo del art. 469.1 , 2.º de la LEC , por vulneración del derecho a que se consigne en la sentencia los hechos que el juzgador estima probados con expresión de la valoración de la prueba y que le sirven de fundamento para efectuar la calificación jurídica, reconocido en el art. 209.2.º de la LEC .

Se desestima.

El recurrente alega que no se han fijado hechos probados en la sentencia recurrida.

Tal argumento debe ser rechazado en cuanto se valoran las singularidades fácticas del caso, con expresión de las circunstancias del contrato, del hoy recurrente y de la información facilitada (art. 209.2 LEC).

SEXTO .- Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1 motivo 4.º de la LEC , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución Española por valoración absurda, arbitraria e ilógica de la prueba y error patente, ostensible y notorio en la valoración de la prueba.

Se desestima.

El hecho de que en la sentencia recurrida no se valorase uno de los informes periciales, extremo que se corrigió en el auto de aclaración, no provoca la estimación de error notorio en la valoración de la prueba, pues para ello sería necesaria la relevancia de tal informe, en orden a la valoración de la prueba, lo cual no consta (sentencia n.º 337/2012, de 6 de junio).

SÉPTIMO .- Motivo tercero. Al amparo del art. 469.1 motivo 2.º de la LEC , por vulneración del derecho a una sentencia debidamente motivada reconocida en el art. 218.2 de la LEC , y en consecuencia, por vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española .

Se desestima el motivo.

Entiende el recurrente que la sentencia carece de motivación.

Esta sala debe rechazar el motivo, pues concurre fundamentación suficiente, a veces confusa, lo cual tendrá respuesta en sede de casación.

Recurso de casación

OCTAVO .- *Motivos primero, segundo y tercero*.

Motivos de casación:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º en relación al art. 477.3, ambos de la LEC , por infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores e infracción de los apartados 1 y 3 del art. 5 del anexo del Real Decreto 629/1993 sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y por vulneración de la doctrina jurisprudencial fijada por las sentencias del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 244/2013, de 18 de abril y la núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , relativas a los deberes de información que pesan sobre las entidades financieras respecto de sus clientes minoristas.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º en relación al art. 477.3, ambos de la LEC , por infracción del art. 1261.1.º, del art. 1265 y del art. 1266, todos del Código Civil y por vulneración de la doctrina jurisprudencial



fijada por la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 840/2013 de 20 de enero de 2014 en interpretación de dichos preceptos en relación con el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual por las entidades financieras a sus clientes.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.1.3.º en relación con el art. 477.3, ambos de la LEC , por presentar la sentencia recurrida interés casacional al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (sentencia del pleno de la Sala Primera núm. 244/2013, de 18 de abril; sentencia del pleno de la Sala Primera , núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014; sentencia de la Sala Primera , núm. 387/2014, de 8 de julio; sentencia de la Sala Primera , núm. 385/2014 de 7 de julio, y sentencia de la Sala Primera , núm. 384/2014 de 7 de julio) relativa a la interpretación de las obligaciones de información que pesan sobre la entidad financiera y su incidencia en la formación del consentimiento, solicitando que se fije la doctrina jurisprudencial que se concreta en los tres ordinales siguientes:

1. Si la doctrina fijada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a las obligaciones impuestas a las entidades financieras a partir de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 de 19 de noviembre que modificaba la Ley del Mercado de Valores -normativa Mifid- y su relación con el error vicio, es de aplicación a productos contratados antes de la vigencia de dicha Ley 47/2007 de 19 de noviembre. Por ello, y en consecuencia, si la presunción de error vicio que ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia de pleno de fecha 20 de enero de 2014 para los casos de incumplimiento de las obligaciones de información previstas en la Ley 47/2007 de 19 de noviembre (normativa Mifid) debe de ser aplicada de forma analógica al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa vigente anterior a la Ley 47/2007 de 19 de noviembre, esto es, a las obligaciones contenidas en el art. 5.1 y 5.3 del RD 629/1993 .

2. Si la normativa relativa a las obligaciones de información anterior a la Ley 47/2007 de 19 de noviembre debe ser interpretada conforme a la directiva 2004/39/CE, de 21 de abril.

3. Si el incumplimiento del «elevado estándar» que establece la sentencia del pleno de fecha 18 de abril de 2013 para aquellos contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la normativa Mifid -Ley 47/2007 de 19 de noviembre- puede acarrear efectos análogos al incumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la normativa Mifid.

Se estiman los motivos, por lo que posteriormente se expondrá, de forma conjunta.

NOVENO . *Decisión de la sala .*

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 en la sentencia recurrida se reconoce que es minorista y que carece de experiencia como inversor financiero.

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.

En la sentencia recurrida no se declara probado que el banco ofreciese información completa al cliente.

En la sentencia se efectúan pronunciamientos confusos y de escasa contundencia, tales como:

1. «...no puede afirmarse que no se ofreció al Sr. Juan Alberto información clara, precisa y suficiente...».
2. «... no puede presumirse que no se le advirtiera y orientara sobre el riesgo del contrato».

En suma, en la sentencia recurrida se yerra, cuando atribuye al cliente la obligación de informarse y exonera, en la práctica, al banco de la obligación de informar lealmente al contratante, como acertadamente se expone en el voto particular emitido en relación con la sentencia de la Audiencia Provincial.

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 no.

DÉCIMO .- *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».

UNDÉCIMO .- *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.

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).

DUODÉCIMO .- De acuerdo con lo solicitado y lo dispuesto en el art. 1303 del C. Civil se decreta la nulidad del contrato de permuta financiera de 9 de noviembre de 2007, concertado entre las partes y se procederá a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos del producto (swap) desde el día de la formalización, devolviendo la actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda.

DECIMOTERCERO .- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

No procede pronunciamiento en las costas de la apelación.

Se imponen a la recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito 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 extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Promocions Riera D'Escuder S.L. contra sentencia de 29 de mayo de 2014, dictada en el recurso de apelación núm. 782/2012, de la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona . **2.º**- Casar la sentencia recurrida y estimando la demanda se decreta la nulidad del contrato de permuta financiera de 9 de noviembre de 2007, concertado entre las partes y se procederá a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos del producto (swap) desde el día de la formalización, devolviendo la actora, si fuera preciso, las cantidades ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda. **3.º**- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia. No procede pronunciamiento en las costas de la apelación. Se imponen a la recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir. No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito 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.