



Roj: **STS 4157/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4157**

Id Cendoj: **28079110012018100683**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2018**

Nº de Recurso: **2711/2015**

Nº de Resolución: **695/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1265/2015,**  
**STS 4157/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 695/2018**

Fecha de sentencia: 11/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2711/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: L.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2711/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 695/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 11 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2015, dictada en recurso de apelación 213/2014, de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dimanante de autos de juicio ordinario 1391/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Las Palmas de Gran Canaria; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Banco Santander S.A., representada en las instancias por el procurador D. Francisco Javier Pérez Almeida, bajo la dirección de los letrados D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Eduardo Codes Feijoo en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la mercantil Reyes Almeida S.L., representada por la procuradora Dña. Matilde Marín Pérez, bajo la dirección letrada de D. José Joaquín Mazorra Alvarado.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La mercantil Reyes Almeida S.L., representada por el procurador D. Carlos Sánchez Ramírez y bajo la dirección del letrado D. José Joaquín Mazorra Alvarado, interpuso demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción de nulidad y otras acciones subsidiarias de la contratación de permutas financieras de tipos de interés e inflación, contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se estime íntegramente nuestra demanda y:

"1. Con carácter principal, declare la nulidad de la contratación y por ello la nulidad de los contratos de permutas financieras de tipos de interés y permuta financiera ligada a la inflación (docs. 3 a 11), con la consiguiente restitución recíproca de las cosas y situación personal y patrimonial de las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil, de conformidad con los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda y como se detalla en el hecho 16.A. Condenando a Banco Santander a anular las liquidaciones de los contratos cargadas en las cuentas adscritas a los mismos, que se calculan provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en ochenta y dos mil trescientos tres euros y cuarenta céntimos de euro (sic 82.803,40.-€). Y condenando a Banco Santander a pagar a Reyes Almeida el interés legal del dinero de la cantidad anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.008 del Código Civil, desde la fecha correspondiente a cada uno de los abonos parciales, hasta la fecha en que recaiga sentencia, y los prevenidos en el artículo 576 de Ley Enjuiciamiento Civil con posterioridad a la fecha en que recaiga sentencia. Condenando a Banco Santander a estar y pasar por esta declaración.

"2. Con carácter subsidiario al anterior, declare el incumplimiento de Banco Santander de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad, información y fiel asesoramiento, el incumplimiento de sus obligaciones legales en materia bancaria y de transparencia y protección del cliente minorista de servicios financieros en la venta asesorada y contratación de las de permutas financieras de tipos de interés y permuta financiera ligada a la inflación (docs. 3 a 11) y, de conformidad con el artículo 1.101 del Código Civil, con los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda y como se detalla en el hecho 16.B, declare el derecho de mi mandante al resarcimiento de los daños y perjuicios, que se concretan en los abonos realizados en virtud de los contratos, y que se calculan provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en ochenta y dos mil trescientos tres euros y cuarenta céntimos de euro (sic 82.803,40.-€), más los intereses legales. Condenando a Banco Santander a estar y pasar por esta declaración.

"3. Con carácter subsidiario a los anteriores, declare la asimetría y falta de reciprocidad de prestaciones de las partes en los contratos de permutas financieras de tipos de interés y permuta financiera ligada a la inflación (docs. 3 a 11), y por ello declare el incumplimiento de Banco Santander de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad, información y fiel asesoramiento, el incumplimiento de sus obligaciones legales en materia bancaria, y de transparencia y protección del cliente minorista de servicios financieros, en la venta asesorada de las de permutas financieras de tipos de interés y permuta financiera ligada a la inflación, y de conformidad con el artículo 1.101 del Código Civil, y con los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda, y como se detalla en el hecho 16. declare el derecho de mi mandante al resarcimiento de los daños y perjuicios, que se concretan:

"a. En los abonos realizados en virtud de los contratos, y que se calculan provisionalmente y sin perjuicio de ulterior liquidación en ochenta y dos mil trescientos tres euros y cuarenta céntimos de euro (sic 82.803,40.-€), más los intereses legales. Condenando a Banco Santander a estar y pasar por esta declaración.



"b. O en la modulación de los abonos o pérdidas de mi mandante de manera que las pérdidas máximas para cada uno de los contratos sean iguales o similares para ambas partes. Y que se calculan, sin perjuicio de ulterior liquidación, en virtud de los datos obrantes en el informe pericial (doc. núm. 12) y la tabla descriptiva obrante en el hecho 16.en treinta mil seiscientos noventa y dos euros y treinta y dos céntimos de euro (30.692,32.-€), más los intereses legales. Condenando a Banco Santander a estar y pasar por esta declaración.

"4. De forma cumulativa a todas las peticiones anteriores condene a Banco Santander a pagar a Reyes Almeida las costas y gastos que se devenguen como consecuencia del procedimiento a seguir.

"Es Justicia que respetuosamente pido...".

**2.-** La entidad demandada Banco de Santander S.A. se personó en las actuaciones, representado por el procurador D. Javier Pérez Almeida y bajo la dirección letrada de D. Javier Gilsanz Usunaga, y en tiempo y forma contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia, con fecha 9 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Reyes Almeida S.L. debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta ligado a la inflación (confirmación swap ligado a inflación) suscrito el 14 de febrero de 2008 y debo condenar y condeno a Banco de Santander S.A. al pago a la actora de las liquidaciones negativas para la demandante derivadas de su aplicación (antes y después de la interposición de la demanda), con los intereses legales devengados por dichas sumas desde el momento de la liquidación, absolviendo a Banco de Santander S.A. de todas las demás pretensiones contra la misma formuladas.

"Cada parte asumirá el pago de las costas generadas a sus respectivas instancias".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, impugnándose la sentencia por la parte demandada, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, con fecha 28 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: 1.º- Se estima íntegramente el interpuesto por el procurador Sr. Sánchez Ramírez en nombre y representación de Reyes Almeida S.L. y se desestima la impugnación de sentencia interpuesta por el procurador Sr. Pérez Almeida en nombre y representación de Banco de Santander S.A. contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2014, dictada por el Sr. juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de los de las Palmas de Canaria, en los autos de juicio ordinario 1391/2012, de que deriva el presente rollo y en consecuencia, debemos revocar la referida resolución, y en su lugar acordamos:

"Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Sr. Sánchez Ramírez en nombre y representación de Reyes Almeida S.L. frente a Banco Santander S.A., representada por el procurador de los tribunales Sr. Pérez Almeida, y en consecuencia:

"Declaro la nulidad de los siguientes contratos: el contrato marco de operaciones financieras de 2004, como respecto de los contratos de confirmación de permuta financiera fechados, respectivamente, en el año 2004, 2005, 2006, 2007, así como el contrato de conformación swap ligado a inflación, suscrito el 14 de febrero de 2008, acompañados como documentos de núm. 2 de la demanda al núm. 11 de la demanda, obligando a la entidad demandada a deshacer los efectos de dicho contrato desde el día de la formalización.

"Que se imponen las costas procesales originadas a la parte demandada en el presente procedimiento.

"2.º- No se impugnen a la actora las costas de la apelación. Se imponen a la parte demandada, impugnante las costas de esta alzada, causadas por su recurso".

**TERCERO.- 1.-** Por el Banco Santander S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en el siguiente motivo:

Motivo primero y único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, en relación con el art. 24 de la CE y los arts. 316, 326, 348 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible.



El recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base del error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla. Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989, 22 de mayo de 2006, 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013, 17 de febrero de 2014 y 20 de enero de 2014, que establecen los requisitos generales para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento, las cuatro últimas en relación con un contrato de permuta financiera. Sentencias de 12 de febrero de 1979 y de 6 de febrero de 1998, que declaran el carácter excepcional en la apreciación de los vicios del consentimiento. Sentencias de 25 de noviembre de 2000 y de 21 de abril de 2004, que establecen la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción del art. 1204 del Código Civil, en relación con el art. 1301 del CC, y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida rechaza la caducidad de la acción sobre la base de que la suscripción de los contratos suponen una novación modificativa y no extintiva, vulnerando la jurisprudencia que los desarrolla.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de julio de 2018, 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 extraordinario por infracción procesal y de casación y evacuado el traslado conferido, la procuradora Dña. Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de la mercantil Reyes Almeida S.L., 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 5 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes.**

1. La demanda.

- Se promueve por una sociedad limitada contra el banco (Banco Santander, S.A.).

- Sobre nulidad de varios swaps, unos ligados a préstamos hipotecarios, y uno vinculado a la inflación, suscritos en los años 2004, 2005, 2006 2007 y 2008.

En lo que interesa para la casación, la nulidad se basó en error vicio (hubo otras peticiones que quedan al margen; nulidad absoluta por falta de objeto y causa, indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual; indemnización de perjuicios por incumplimiento de la normativa protectora de consumidores y usuarios).

2. La sentencia de primera instancia. Estimó en parte la demanda. Declaró solo la nulidad del swap último, suscrito en el año 2008.

En esta sentencia se declaró:

- La caducidad de los primeros swaps; solo se siguió el enjuiciamiento relativo a los tres últimos (2 suscritos el 13 de febrero de 2007, y 1 suscrito en febrero de 2008).

- El cliente fue informado sobre los swaps de 2007 y 2008, incluyendo simulación de escenarios, según el testimonio de los empleados.

- En el año 2007, el cliente ya había cancelado swaps anteriores, con costes de cancelación, lo que le permitía conocer su funcionamiento.

- Ya había contratado otros productos complejos (*call dollar*).

- Los contratos contenían advertencia sobre el riesgo y simulaciones.

- El cliente contó con asesoramiento externo.

- El cliente conocía el funcionamiento y los riesgos.



- Ha de hacerse especial referencia al test de idoneidad, efectuado con posterioridad al swap de febrero de 2008; ha de presumirse que, de haberse efectuado antes del contrato, el cliente no lo habría suscrito por ser claramente perjudicial a sus intereses, por lo que se produjo en este caso un déficit de información.

### 3. Apelación e impugnación.

- La mercantil demandante apeló, sosteniendo la inexistencia de caducidad y la nulidad de todos los swaps.
- El banco demandado impugnó el pronunciamiento de nulidad del swap de 2008.

### 4. La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación de la mercantil demandante y desestimó la impugnación del banco demandado, y estimó la demanda.

Se declaró que:

- Sobre la inexistencia de caducidad: i) el CMOF se confirma con cada una de las operaciones que se hacen en su ámbito, por lo que no opera la caducidad; ii) en el caso de los swaps suscritos en los años 2004 a 2007 estamos ante un sistema de sucesivas cancelaciones y reestructuraciones que suponen un contrato de tracto sucesivo que se prolonga en el tiempo a través de ese sistema de cancelaciones y reestructuraciones, por lo que no hay caducidad.
- Estamos ante un cliente minorista, sin actividad financiera, al que se le ofrece el swap en un marco de confianza, el producto no es adecuado para el cliente, no se acredita que tuviera los conocimientos necesarios para comprenderlo, no hubo información, y el test de idoneidad se hizo con posterioridad al último swap.

### 5. Recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Se interponen por el banco demandado con el contenido que antes se ha expuesto.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Motivo primero y único.*

Motivo primero y único.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, en relación con el art. 24 de la CE y los arts. 316, 326, 348 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible.

Se desestima el motivo.

El banco recurrente alega que los sucesivos swaps no son reestructuración unos de otros, sino contratos desvinculados y afectados de novación extintiva.

Esta sala ha de declarar que dicha cuestión es inadmisibile en el recurso por infracción procesal al afectar a una cuestión sustantiva y no procesal, solo invocable mediante el recurso de casación ( art. 477 LEC).

Igualmente, se alega que el demandante contaba con información y asesoramiento suficiente, como se deduce de la prueba practicada.

Esta sala debe declarar que no consta error notorio en la valoración de la prueba ( art. 24 de la Constitución), dado que del test de idoneidad se deduce que en el año 2008 el Banco reconocía que no era un producto idóneo para el cliente, por lo que tampoco lo sería con anterioridad, dado que la no obligatoriedad con anterioridad al 2007 del test de idoneidad no exoneraba al banco de su obligación de información, como luego razonaremos.

#### **Recurso de casación.**

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

Deben desestimarse al concurrir interés casacional, como se deduce la doctrina jurisprudencial citada extensamente.

**CUARTO.-** *Motivo segundo.*

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción del art. 1204 del Código Civil, en relación con el art. 1301 del CC, y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida rechaza la caducidad de la acción sobre la base de que la suscripción de los contratos suponen una novación modificativa y no extintiva, vulnerando la jurisprudencia que los desarrolla.



Comenzaremos por analizar el segundo motivo, relativo a la caducidad, pues de estimarse el mismo, carecería de objeto el resto del recurso.

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara que los contratos de swap están vinculados unos a otros, entendiéndose encadenados, y ello consta en la redacción de varios de ellos, que expresamente reconocen que son reestructuración de uno anterior.

Solo los dos de 2004 no aparecen reflejados expresamente en los posteriores, pero se declara probado en la sentencia recurrida, que los de 2004 se refinanciaron en los swap de 2005, por lo que la cadena de reestructuración es completa, por ello la fecha de inicio de la caducidad se computa tras la consumación del último swap (2013), y habiéndose interpuesto la demanda en octubre de 2012, no habría caducado la acción ( art. 1301 C. Civil), dado que no estamos ante una sucesiva novación extintiva.

El propio recurrente reconoce: "Por ello, se puede observar que hay una sucesión de contratos que, como indica la propia sentencia recurrida, se extinguen y se suscriben unos nuevos. Dicha finalización de cada uno da lugar, en su caso, a la suscripción de un nuevo contrato completamente independiente".

En sentencia 692/2017 de 20 de diciembre se declaró:

"En cuanto al encadenamiento de los contratos, derivado de la previa existencia de un contrato de swap, debemos declarar que ambos forman parte de un único negocio jurídico, en cuanto el segundo es una renovación del primero, dado que la extinción pactada del primero, fue un antecedente necesario para la contratación del segundo, según negociaron las partes, como ya dijimos (FDD segundo).

" Esta sala en sentencia 107/2017, de 17 de febrero, declaró:

""La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, ha sido compendiada en la reciente sentencia 691/2016, de 23 de noviembre .

""En esta sentencia, se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio :

""Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria"".

#### **QUINTO** .- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de nulidad contractual sobre la base del error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla. Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1989, 22 de mayo de 2006, 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013, 17 de febrero de 2014 y 20 de enero de 2014, que establecen los requisitos generales para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento, las cuatro últimas en relación con un contrato de permuta financiera. Sentencias de 12 de febrero de 1979 y de 6 de febrero de 1998, que declaran el carácter excepcional en la apreciación de los vicios del consentimiento. Sentencias de 25 de noviembre de 2000 y de 21 de abril de 2004, que establecen la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos.

Se desestima el motivo.

Del propio test de idoneidad se deduce que en el año 2008 el banco reconocía que no era un producto idóneo para el cliente, por lo que tampoco lo sería con anterioridad, dado que la no obligatoriedad con anterioridad al 2007 del test de idoneidad no exoneraba al banco de su obligación de información, como luego razonaremos.

#### **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, 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.

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 no se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe desestimarse el recurso de casación.

**OCTAVO.-** Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación ( arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos, en su caso, para ambos recursos.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad mercantil Banco Santander S.A., contra sentencia de fecha 28 de junio de 2015 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (apelación 213/2014).

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

**3.º-** Procede imposición en las costas de ambos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente.

Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos.

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.