

Roj: **STS 4948/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4948**Id Cendoj: **28079110012015100655**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/12/2015**Nº de Recurso: **2170/2012**Nº de Resolución: **693/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Huelva, núm. 6, 09-03-2012 ,**
SAP H 595/2012,
STS 4948/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por AZKAR HUELVA, S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2012 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación núm. 148/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1019/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Huelva, sobre nulidad de contrato de permuta financiera (Swap). Ha sido parte recurrida BANCO DE SANTANDER, S.A, representado el procurador D. Eduardo Codes Feijoo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La procuradora D^a María del Carmen García Aznar, en nombre y representación de AZKAR HUELVA S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO DE SAANTANDER, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimándose íntegramente la demanda :

« **1º.- DECLARE la NULIDAD DE PLENO DERECHO del contrato marco de Operaciones Financieras, así como su condicionado particular o anexo de Confirmación de Permuta Financiera (documentos 2 y 3)** , firmados por mi mandante con Banco de Santander, por ausencia de los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y/o por infracción de la normativa imperativa especial de aplicación al presente caso, que acarrea la nulidad de pleno derecho ex artículo 6.3 del Código Civil , además de todos los otros argumentos relatados ene este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

2º.- Subsidiariamente, DECLARE la NULIDAD del Contrato Marco de Operaciones Financieras, así como su condicionado particular o anexo de Confirmación de Permuta Financiera (documentos 2 y 3) , firmados con Banco de Santander, por vicio en el consentimiento, además de todos los otros argumentos relatados en este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

3º.- Con carácter también subsidiario, que se DECLARE la NULIDAD del clausulado relativo al vencimiento anticipado incluidos en esos documentos precitados, para teniendo por instada la resolución del contrato, desde que se solicitó la misma formalmente en fecha 06 de octubre de 2.010, acuerde la misma, teniendo que devolver el banco todos los cargos realizados desde esa fecha con sus intereses legales correspondientes o, subsidiariamente, desde el día de interposición de la demanda, sin que tenga que abonar el cliente cantidad



alguna al banco por la resolución, cualquiera que sea el concepto, al no venir especificada en el contrato se acuerde la misma. Declarándose así mismo indebidas e inexigibles, las liquidaciones del contrato que la entidad demandada efectúe con posterioridad a ser interpuesta la demanda.

4º.- Con carácter alternativo de los pedimentos anteriores, y para el solo supuesto que no se estime la nulidad invocada, **DECLARE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO MARCO Y DE LA CONFIRMACIÓN DE LA PERMUTA FINANCIERA LIGADO A LA INFLACIÓN**, objeto de este procedimiento, por **incumplimiento del Banco de Santander**, desde la fecha de 06 de octubre de 2.010, en la que se instó formalmente la resolución extrajudicial que no fue aceptada por el Banco Santander, teniendo que devolver el banco todos los cargos realizados desde esa fecha con sus intereses legales correspondientes o, subsidiariamente, desde el día de interposición de la demanda, sin que tenga que abonar el cliente cantidad alguna al banco por la resolución, al no venir especificada en el contrato. Declarándose así mismo indebidas e inexigibles, las liquidaciones del contrato que la entidad demandada efectúe con posterioridad a ser interpuesta la demanda.

5º.- Subsidiariamente también, a la no estimación por ese Tribunal de nulidad del contrato marco y de la confirmación de la permuta financiera del Banco Santander, **DECLARE el INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL por parte de BANCO SANTANDER del CONTRATO MARCO Y DE LA CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA (documentos 2 y 3)**, y, en consecuencia, **condene al Banco al pago a mi mandante de los perjuicios económicos causados** hasta la fecha de interposición de esta demanda, **valorados hasta hoy en CATORCE MIL VEINTICUATRO EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (14.024,74 ?)**, por sumatorio de los cargos producidos hasta hoy en la cuenta de la empresa actora con base en el contrato de permuta financiera firmado, más los posibles cargos y liquidaciones negativas que pudieran generarse y producirse a partir de ahora hasta la resolución judicial que ponga fin al procedimiento, más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda sobre esos importes.

6º.- **CONDENE**, en todo caso, a **BANCO SANTANDER** a la satisfacción de las **COSTAS** causadas o que se causen en este proceso.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 13 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Huelva y fue registrada con el núm. 1019/11. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D. Alfredo Acero Otamendi, en representación de BANCO DE SANTANDER S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Huelva dictó sentencia de fecha 9 de marzo de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

« **FALLO** : Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA FORMULADA POR "AZKAR HUELVA S.L." y, en consecuencia, por las razones expresadas en la precedente Fundamentación Jurídica, **DECLARANDO NULOS** los contratos reseñados en el Fundamento de Derecho Primero de esta Sentencia, con consiguiente obligación de ambas litigantes de restituirse lo recíprocamente recibido como consecuencia de los mismos, **DEBO CONDENAR Y CONDENO A "BANCO DE SANTANDER S.A"** A, estando y pasando por precedentes pronunciamientos, **ABONAR A LA ACTORA** el importe que -como saldo a favor de la misma- resulte de todas las liquidaciones que se hayan practicado como consecuencia de esos contratos y de las que se practiquen hasta el momento en que esos contratos devengan definitivamente y en la realidad carentes de todo efecto, importe a determinar en ejecución de esta Sentencia, así como al abono de la totalidad de costas procesales devengadas en la primera instancia de este procedimiento.»

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO DE SANTANDER, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 148/12 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de junio de 2012, cuya parte dispositiva dispone:

« **FALLAMOS** : Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO DE SANTANDER, S.A, contra la sentencia dictada por el **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE HUELVA (ANTIGUO MIXTO Nº 6)** de fecha 9 de marzo de 2012, y que debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** íntegramente dicha resolución, para desestimar ahora plenamente la demanda, sin imposición a la parte actora de las costas de primera instancia, ni a la demandada de las del recurso, y restituyéndole a ésta el depósito hecho para recurrir».



SEXTO.- La procuradora D^a María del Carmen García Aznar, en representación de AZKAR HUELVA, S.L, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Interés casacional por el desconocimiento y oposición de la Sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo el PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO la posible infracción por la Sentencia impugnada de los artículos 79 (obligación de diligencia y transparencia) y 79 bis, puntos 1 a 6, (obligación de información de la Ley del Mercado de Valores tras la reforma operada por Ley 47/2007 (norma imperativa) y de los artículos 2 (cuidado y diligencia), 4, punto 1 (información sobre la clientela), y 5, puntos 1 a 7 (información a los clientes) del Anexo Código General de Conducta de los Mercados de Valores al Real Decreto 629/1933, de 3 de Mayo sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, en relación con el artículo 6.3 del Código Civi I, en cuanto a que esta parte considera que el deber de diligencia, transparencia e información de la entidad de crédito al cliente que exigen los artículos precitados, tanto de la LMV, tras la reforma por Ley 47/2007, como del R.D. 629/1993, no es un deber genérico, ni meramente preconceptual, sino que se trata de un deber que exige unos requisitos muy precisos que se extiende a todo el tiempo que dure la relación contractual a la que se refieren dichos deberes, y tratándose de normas imperativas, su contravención debe dar lugar a la nulidad de los actos y contratos afectados.

SEGUNDO.- Interés casacional por la existencia de Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones resueltos por la Sentencia recurrida en lo relativo al PROBLEMA JURÍDICO de: ¿Hasta dónde llega el deber de información?.

TERCERO.- Interés casacional por la existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre todos los problemas jurídicos planteados en este recurso en relación con los contratos de permuta financiera: EXCEPCIÓN DE NOTORIEDAD».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad Azkar Huelva, S.L., contra la sentencia dictada, el 11 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2^a), en el rollo de apelación nº 148/2012, dimanante del juicio ordinario nº 1019/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Huelva.»

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 14 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 6 de febrero de 2008, la compañía mercantil "Azkar Huelva, S.L.", pequeña empresa de transporte y distribución de mercancías, celebró con "Banco Santander, S.A." sendos contratos: uno, denominado "contrato marco de operaciones financieras" (CMOF); y otro denominado "confirmación swap ligado a inflación". En concreto, las condiciones básicas del swap eran las siguientes: a) Fecha de inicio: 8 de febrero de 2008; fecha de vencimiento: 8 de febrero de 2016; b) Nominal: 150.000 ?; c) Tipo de interés fijo: 3,20%.

2.- El contrato generó para el cliente las siguientes liquidaciones negativas: a) Con fecha 9 de febrero de 2009, - 1.225,75 ?; b) El 9 de febrero de 2010, - 5.566,25 ?; c) El 9 de febrero de 2011, - 7.232,74 ?; d) En total, - 14.024,74 ?. Cuando en octubre de 2010 el cliente pretendió la cancelación anticipada del contrato, para evitar la acumulación de nuevas liquidaciones negativas, la entidad financiera le comunicó que el coste de cancelación ascendía a 99.723 ?.

3.- En mayo de 2011, "Azkar Huelva, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba: 1) La declaración de nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras



de 20 de abril de 2007 y de la confirmación de cobertura de tipos de interés de 23 de abril siguiente, por error en el consentimiento e incumplimiento de normas imperativas, con restitución de las prestaciones; 2) Subsidiariamente, la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y el contrato de confirmación de permuta financiera, por vicio en el consentimiento; 3) Subsidiariamente, la nulidad del clausulado relativo al vencimiento anticipado incluido en ambos contratos; 4) Alternativamente, la resolución del contrato marco y del contrato de confirmación de permuta financiera; 5) Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte del banco de ambos contratos, condenándolo a abonar a la demandante 14.024,74 €, más los cargos y liquidaciones negativas que se generen durante la tramitación del procedimiento.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) Fue la entidad bancaria quien ofreció al cliente el producto, por lo que se enmarcaba en el ámbito de un servicio de asesoramiento financiero; (ii) Los contratos litigiosos son complejos y precisan de detallada, amplia, didáctica y pormenorizada exposición explicativa; (iii) No consta que el administrador de la demandante tenga especiales conocimientos financieros; (iv) Únicamente se ofreció al cliente una información verbal sobre el producto por un empleado de la sucursal bancaria, cuya única formación era un curso de tres días sobre derivados financieros; (v) Para dicha explicación oral, se apoyó en una presentación en formato "power point" con parámetros estandarizados, pero que en ningún caso abarcó el clausulado contractual; (vi) No consta que se hiciera ningún estudio del perfil del cliente, ni de la adecuación del producto a sus circunstancias económicas y profesionales.; (vii) El producto se ofreció como paliativo de las oscilaciones de la inflación. Por lo que concluyó que en la suscripción de los contratos litigiosos existió vicio del consentimiento, declarando su nulidad y ordenando la restitución de las prestaciones.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, el mismo fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva, que sin rebatir las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, ya que no hizo consideraciones de naturaleza fáctica, sino únicamente valoraciones de carácter jurídico, concluyó que no había error en el consentimiento, y que en todo caso el mismo sería inexcusable, por lo que revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Recurso de casación.-

1.- El recurso de casación interpuesto por "Azkar Huelva, S.L." se fundó en tres motivos, todos ellos al amparo del artículo 477.2.3º LEC, que resumidamente se enuncian así: 1º) Incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en los artículos 79 y 79 bis, apartados 1 a 6, de la Ley del Mercado de Valores, y de los arts. 2, 4.1, 5 -apartados 1 a 7- del anexo del Real Decreto 629/1993, en relación con el art. 6.3 del Código Civil; 2º) Existencia de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales sobre el alcance del deber de información; 3º) Subsidiariamente, excepción de notoriedad.

2.- Ha de advertirse de inicio, en sintonía con lo alegado por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso de casación, que el segundo y tercer motivos de casación, por su generalidad, inconcreción y falta de cita de la norma sustantiva que se considera infringida, han de ser directamente desestimados, al incumplir palmariamente los mínimos requisitos de admisión a que obliga el artículo 481 LEC y que han sido desarrollados por esta Sala. Puesto que como hemos afirmado en numerosas resoluciones, los motivos de inadmisión devienen en motivos de desestimación en este momento procesal (Sentencias 705/2013, de 12 de noviembre, y 170/2015, de 26 de marzo, entre otras muchas).

3.- A su vez, es cierta la defectuosa técnica casacional que denuncia la parte recurrida respecto del primer motivo. No obstante, el déficit no es tan acusado como en los motivos a los que nos hemos referido en el párrafo anterior, porque en el encabezamiento se citan las normas supuestamente infringidas y teniendo en cuenta que en el desarrollo de este motivo se identifican correctamente las infracciones legales o vulneraciones jurisprudenciales que, a criterio de la recurrente, se han producido en la sentencia recurrida, los defectos de formulación casacional no pueden erigirse en obstáculos insalvables para la admisión del recurso. Sobre estas cuestiones de admisibilidad, la Sala fijó criterio en su Auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 -recurso nº 485/2012- (acogido posteriormente en Sentencia 351/2015, de 15 de junio) y que ahora reproducimos en los aspectos relevantes para resolver la cuestión suscitada:

"2.- Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse "absolutas" ("notorias" las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración. Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse "absoluta", como puede ser el carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal.



Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como "pretensión autónoma de inadmisibilidad" que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.

3. - Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia".

4.- Aclaradas las precedentes cuestiones de admisibilidad, hemos de partir de la base de que en la demanda se articuló como pretensión principal la de nulidad contractual por error-vicio del consentimiento, en conexión con el incumplimiento de la normativa legal sobre el deber de información a la clientela por parte de las entidades financieras. Asimismo, como quiera que en el recurso de casación se hace referencia a la jurisprudencia de esta Sala, hemos de advertir que sobre los contratos de permuta financiera o swap existe ya un reciente y abundante cuerpo de doctrina dictada por esta Sala, representado por la 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; 550/2015, de 13 de octubre; 535/2015, de 15 de octubre; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 549/2015, de 22 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 610/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 607/2015, de 17 de noviembre; y 651/2015, de 20 de noviembre.

Tales sentencias conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos. Respecto de la legislación aplicable a los contratos (CMOF y swap), hemos de aclarar que cuando se suscribieron ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, mientras que no lo estaba el Real Decreto 217/2008, por lo que seguía resultando de aplicación el Real Decreto 629/1993.

5.- Como decíamos en la Sentencia nº 563/2015, de 15 de octubre: "Según declaró esta Sala en la STS nº 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento. De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa,



sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3). Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto".

6.- Por otra parte, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aún vigente cuando se suscribieron los contratos litigiosos, 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".

7.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la sentencia de primera instancia y que no niega la de apelación, aunque hace una interpretación jurídica divergente, resulta que la entidad financiera no cumplió los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en dicha fecha. En concreto, ni se estudió el perfil del cliente, ni se ofreció más información precontractual que una mera exposición general de manera verbal sobre el producto, ni se realizaron los test de conveniencia e idoneidad, ni se advirtió al cliente de los riesgos reales de contenido patrimonial que podía conllevar una bajada de los tipos de interés, ni tampoco la magnitud del coste de cancelación. Es más, la sensación que se transmitió al cliente era que se contrataba una cobertura contra la inflación, en función de la subida del euríbor. Puede ser que la mecánica básica del producto, periodos de liquidación y tipos aplicables pudiera ser inteligible, pero no ocurre así con las liquidaciones periódicas ni con la cancelación anticipada, que no muestran la más mínima claridad en su formulación, ya que la cláusula contractual se limita a establecer que "si ambas partes se pusieran de acuerdo en la cancelación anticipada del producto, se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, pudiendo suponer un coste para el cliente". Del mismo modo que no cabe deducir la existencia de una imprescindible información acerca de las tendencias o progresiones de los tipos de referencia.

8.- Este incumplimiento de los deberes legales de información al cliente desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte de éste, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, "esa ausencia de información permite presumir el error". Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que "Banco Santander, S.A." 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.



9.- La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad recurrente no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la ya citada Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014), respecto de una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse - como de hecho sucedió- en caso de bajada del Euríbor.

10.- En suma, el banco 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 minorista 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.

11.- Por estas razones, en relación con este producto complejo, "Banco Santander, S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero. Y no solo no se aseguró de que "Azkar Huelva, S.L." reunía las condiciones precisas para la suscripción del contrato de permuta financiera, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo, hasta el punto de inducir a error a dicho cliente sobre los verdaderos riesgos del producto, enlazando así las obligaciones de los artículos 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, con las consecuencias invalidantes del contrato a tenor de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia.

12.- 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, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de primera instancia, confirmarla íntegramente.

CUARTO.- Costas y depósitos.-

1.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a la parte apelante las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley.

2.- Igualmente, debe acordarse la devolución del constituido para el recurso de casación, según previene el apartado 8 de la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "Azkar Huelva, S.L." contra la sentencia de 11 de junio de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 148/12.



2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A.", contra la sentencia de 9 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Huelva , en el juicio ordinario núm. 1019/11, que confirmamos íntegramente.

3.- Imponer a "Banco Santander, S.A." las costas del recurso de apelación.

4.- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

5.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJ