



Roj: **STS 5111/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5111**

Id Cendoj: **28079110012016100653**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2016**

Nº de Recurso: **1612/2013**

Nº de Resolución: **668/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7077/2013,**
STS 5111/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Arquicor S.L., representada por la procuradora D.^a Silvia Hernández-Gil Gómez, bajo la dirección letrada de D. Pablo Mayor Guzmán, contra la sentencia dictada n.º 213/2013, de 29 de abril, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 290/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 434/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid. Sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida Catalunya Banc S.A., representada por el procurador D. Armando García de la Calle y bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Silvia Hernández-Gil Gómez, en nombre y representación de Arquicor S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis de Catalunya (Calatalunya Caixa) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...]por la que estimando los pedimentos de esta demanda declare:

1º- Respecto a "Arquicor S.L.", declare:

»1º.- A.- La nulidad de los contratos identificados en el ordinal primero (hecho primero) de la presente demanda, con sus consecuencias y efectos restitutorios.

Todo ello, ordenándose la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, es decir, ordenándose todo lo conducente a la anulación de los cargos y abonos (liquidaciones), efectuados por razón del contrato que sea declara inexistente y/o se anula en la cuenta asociada, y produciéndose la retrocesión efectiva de todas las operaciones y cargos derivados del contrato, de manera que en relación al contrato de referencia ninguna de las partes sea acreedora o deudora de la otra, haciendo posible que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto de declaración de inexistencia o invalidador (de nulidad), lo cual se realizará mediante la comparación de los saldos y mediante liquidación estableciendo un saldo final a favor de uno u otro contratante. Todo sin perjuicio de la expresa condena al pago de los intereses legales correspondientes del el momento del respectivo cargo en cuenta respecto de las cantidades anteriormente citadas.



»1º.- B.- Subsidiariamente, la anulabilidad de los contratos identificados en el ordinal primero (hecho primero) de la presente demanda, con sus consecuencias y efectos restitutorios.

*Respecto a "Arquicor S.L." se declare la negligencia de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones y la correlativa indemnizatoria a favor de mis mandantes por un importe que fuera el resultado de la suma coincidente con el saldo neto negativo, a día de hoy, para mis mandantes, calculado por la diferencia entre lo pagado y recibido por las liquidaciones efectuadas en el producto -contratos identificados en el ordinal primero (hecho primero) de la presente demanda,- más, en su caso, los saldos netos negativos que pudieran devengarse durante la tramitación del presente procedimiento en el supuesto de no adoptarse la medida cautelar que mediante Otrosí Digo, todo ello junto, con los intereses legales correspondientes desde el momento del respectivo cargo en cuenta, así como, en su caso, bien se cancelen a coste cero los productos o bien se restituya a mis mandantes el precio de cancelación de la permuta financiera que, por realizarse en base a la situación del mercado, deberá calcularse en ejecución de sentencia.

»2º.- Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 8 de marzo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid, fue registrada con el núm. 434/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Armando García de la Calle, en representación de Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos formulados, con expresa imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid dictó sentencia n.º 228/2011, de 3 de octubre , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Estimo íntegramente la demanda planteada por Arquicor, S.L., frente a Caixa D'Estalvis de Catalunya , hoy Catalunya Caixa, declaro nulo el contrato marco de operaciones financieras firmado por la actora y la parte demandada en fecha 6 de noviembre de 2007, y en su virtud la obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, condenando a la entidad demandada al reintegro a la actora de todas las liquidaciones cargadas en sus cuenta bancaria, y retroceder cuantas comisiones, intereses y gastos se hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada atendido el criterio objetivo del vencimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Catalunya Banc S.A. (como sucesora de Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa).

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 290/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 213/2013, de 29 de abril , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. (como sucesora universal de Caixa D'Estalvis De Catalunya, Tarragona i Manresa) contra la sentencia de fecha 3 de octubre de 2011 dictada en autos de Juicio Ordinario seguidos con el nº 434/11 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 33 de los de Madrid , debemos revocar y revocamos dicha resolución, dejándola sin efecto, y en su lugar, desestimando la demanda promovida por Arquicor, S.L. debemos absolver y absolvemos de la misma a la demandada Catalunya Banc,S.A., con imposición a la demandante de las costas de la instancia, y sin hacer expreso pronunciamiento de las causadas en esta alzada. [...] ».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D^a. Silvia Hernández-Gil Gómez, en representación de Arquicor S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso fueron:

«Primero.- Infracción del Código Civil. Infracción de los artículos relativos al consentimiento y a su prestación (los razonamientos jurídicos y el Fallo de la Sentencia infringen el art. 24 de la C.E y también el art. 51 de la Carta Magna). Concurrencia de error o vicio en el consentimiento que determina la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del contrato.

»Segundo.- Infracción de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del art. 217 de la L.E.C . Infracción del principio de inversión del *onus probandi* en contratos bancarios "complejos".



»Tercero.- Infracción de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre -vid. arts. 80 y ss .) y de la LMV.

»Cuarto.- Infracción de la Ley 23/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (hoy reformada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre -vid. Art.2.2 y 78 y 79 y ss y cc así como el 80.b.) y otras infracciones de normas relativas a la actuación de las entidades financieras.

»Quinto.- Los razonamientos jurídicos y el Fallo de la Sentencia infringen los artículos citados en la fundamentación jurídica de la demanda y la jurisprudencia habida sobre los particulares».

2.- 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 la Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 31 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Arquicor, S.L. contra la Sentencia dictada el 29 de abril de 2013 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) en el rollo n.º 290/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 434/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid [...]».

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

4.- Por providencia de 21 de julio de 2016, 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 27 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 5 de noviembre de 2007, Arquicor S.L. (en adelante, Arquicor) y Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (actualmente, Catalunya Banc, S.A.) suscribieron un contrato marco de operaciones financieras, CMOF, para realización de distintas operaciones, entre ellas, permutas financieras.

2.- El 6 de noviembre de 2007, las mismas partes concertaron un contrato denominado «orden en firme de contratación de swap», con un nominal de 500.00 €, fecha de inicio el 1 de octubre de 2008, fecha de vencimiento el 1 de octubre de 2013, el índice de referencia variable el "Euribor 3M", las liquidaciones con periodicidad trimestral y el tipo swap se fija en el "4,52%", por lo que si el Euribor 3M < 4,52 % Caixa Catalunya cobra del cliente la diferencia entre el tipo swap 4,52 y el Euribor 3M y si el Euribor 3M > 4,52 % Caixa Catalunya paga la diferencia entre el Euribor 3M y el tipo swap 4,52%.

3.- El mismo día 6 de noviembre de 2007, las partes contrataron un crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, con un límite de 130.000 € y fecha de vencimiento el 5 de noviembre de 2012.

4.- Las liquidaciones trimestrales del swap arrojaron un saldo positivo para el cliente de 926,13 € y un saldo negativo de 48.405,88 €. Cuando el cliente, ante el incremento de liquidaciones negativas, se interesó por la cancelación del producto, fue informado verbalmente de que tendría un coste de 40.000 €.

5.- Arquicor formuló demanda contra Catalunya Banc, en la que solicitaba la nulidad de los contratos suscritos entre las partes, y subsidiariamente, la anulabilidad de los mismos por error vicio del consentimiento. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) No se ofreció ninguna información precontractual al cliente antes de la firma del CMOF y la orden de contratación del swap; (ii) El cliente no era consciente de los riesgos asumidos; (iii) Dicho déficit informativo supuso que el cliente incurriese en error excusable en la prestación del consentimiento contractual. Razones por las cuales estimó la demanda.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Dada la fecha de celebración del contrato, le es aplicable la normativa anterior a la trasposición de la Directiva MiFID. (ii) Los clientes firmaron los contratos sin leerlos y de haberlo hecho, habrían comprendido la existencia de un riesgo en los productos contratados. (iii) Los clientes no objetaron nada mientras las liquidaciones fueron neutras o positivas, y sólo reaccionaron cuando comenzaron a recibir liquidaciones negativas. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento. Inadmisibilidad parcial.*



1.- Arquicor interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC , basado en cinco motivos:

1º) Infracción del Código Civil. Infracción de los artículos relativos al consentimiento y a su prestación. Concurrencia de error vicio en el consentimiento que determina la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del contrato.

2º) Infracción de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción del art. 217 LEC . Infracción del principio de inversión del *onus probandi* en contratos bancarios complejos.

3º) Infracción de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre -vid. arts. 80 y ss) y de la LMV.

4º) Infracción de la Ley 23/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (hoy reformada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre -vid. arts. 2.2 , 78 , 79 y ss., así como el art. 80.b) y otras infracciones de normas relativas a la actuación de las entidades financieras.

5º) Los razonamientos jurídicos y el fallo de la sentencia infringen los artículos citados en la fundamentación jurídica de la demanda y la jurisprudencia habida sobre los particulares.

2.- Dada la defectuosa formulación de estos motivos, que se deduce de su propio enunciado, hemos de recordar la doctrina de esta Sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), y reiterada en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Concurren causas absolutas de inadmisión del recurso de casación cuando se plantean motivos procesales y no sustantivos, cuando no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida y cuando el escrito carece de la necesaria claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC), y la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC). Por el contrario, concurren causas relativas de inadmisión cuando, 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.

3.- En este caso, no superan el estándar de admisibilidad los motivos segundo, tercero y quinto. El segundo porque plantea una cuestión procesal, relativa a la carga de la prueba, que, en su caso, sería propia del recurso extraordinario de infracción procesal, pero que es ajena al recurso de casación, en el que se controla la correcta aplicación de las normas sustantivas. El tercero, porque la Ley de Consumidores y Usuarios es inaplicable al caso, al ser la demandante-recurrente una empresa y haberse celebrado los contratos litigiosos en el ámbito de su tráfico mercantil; y en cuanto a la mención a la Ley del Mercado de Valores, sin cita de precepto alguna, es tan genérica, que resulta imposible identificar la infracción que se pretende denunciar. Y el quinto, no es sino la expresión de una discrepancia general con la fundamentación de la sentencia, que carece de la más mínima técnica casacional.

En consecuencia, estos tres motivos deben ser inadmitidos, deviniendo las causas de inadmisión en causas de desestimación. A lo que no es óbice que en su día fueran admitidos a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias núm. 97/2011, de 18 de febrero , y 548/2012, de 20 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero ; 204/2005, de 18 de julio ; 237/2006, de 17 de julio ; 7/2007, de 15 de enero ; 28/2011, de 14 de marzo ; 29/2011 de 14 de marzo ; 69/2011, de 16 de mayo ; y 200/2012, de 12 de noviembre).

4.- Por el contrario, pese a su defectuosa enunciación formal, los motivos primero y cuarto sí resultan admisibles. El primero, porque no obstante la generalidad de su enunciado, en su desarrollo identifica las normas supuestamente infringidas, los arts. 1.265 y 1.266 CC , y fundamenta su alegato en la existencia de un posible error invalidante del consentimiento, al tiempo que identifica las resoluciones de Audiencias Provinciales que resultan contradictorias (además de otras de Juzgados de 1ª Instancia que, a estos efectos, no son alegables). Y el cuarto, porque cita las normas de la Ley del Mercado de Valores que considera



infringidas (arts. 2.2, 78 y 79 LMV) y las resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

5.- En la medida en que ambos motivos admisibles -primero y cuarto- están íntimamente relacionados, puesto que es el déficit de información el que, en su caso, provocaría el error en el consentimiento, serán resueltos conjuntamente.

TERCERO.- *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 noviembre, 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido 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 Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, básicamente contratos de financiación del objeto social del cliente, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, 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».



CUARTO.- *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 ; y 595/2016, de 5 de octubre).

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 del contrato litigioso; 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 al cliente de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, considera suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos (CMOF y orden de confirmación del swap) y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, haciendo responsable al cliente de la falta de lectura o de la firma sin estar debidamente informado (lo que gráficamente llama «firma en barbecho»). Sin reparar en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma del documento, y que la entidad no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que el producto ofertado fuera adecuado a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse en modo alguno 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 -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Caixa Catalunya 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 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 desestimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación parcial del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Catalunya Banc, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC . 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.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Arquicor, S.L., contra la sentencia de fecha 29 de abril de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, en el recurso de apelación núm. 290/2012 . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia núm. 228/2011, de 3 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid , en el juicio ordinario núm. 434/2011, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a Catalunya Banc S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** 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.

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

Así se acuerda y firma.