



Roj: **STS 5167/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5167**

Id Cendoj: **28079110012016100676**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2016**

Nº de Recurso: **1688/2013**

Nº de Resolución: **690/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2886/2013,**
STS 5167/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 23 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos Artyplast Rotacional S.L., representada por el procurador D. Felipe Juanas Blanco, bajo la dirección letrada de D.^a Yolanda Lobao Andrés, contra la sentencia n.º 142/2013, de 1 de marzo, dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm.190/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 880/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vilafranca del Penedès. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. José M^a Vallbona Zubizarreta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Monserrat López Llinás, en nombre y representación de Artyplast Rotacional S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la cual estime íntegramente la demanda interpuesta por mi mandante y:

»1.- Que declare la nulidad de pleno derecho del Contrato de permuta financiera firmado entre las partes el 23 de noviembre de 2006, Contrato Marco de operaciones Financieras de la misma fecha y del Contrato de permuta financiera firmado entre las partes el 22 de febrero de 2008, por haber existido en su formación vicios del consentimiento al haber sido prestado por error y/o dolo, así como declare no ajustadas a derecho las liquidaciones practicadas, y en su virtud, condene a Banco de Santander, S.A. a la anulación de los cargos y abonos que las partes hubiesen efectuado a cargo de los mismos desde sus respectivas firmas, así como las cantidades que desde la fecha de la demanda y hasta que recaiga sentencia se carguen a Artyplast Rotacional, S.L., restituyendo ambas partes las cantidades pagadas y abonadas mutuamente, más el interés legal y de demora correspondiente y se impongan las costas de este procedimiento a Banco Santander, S.A..

»2.- Subsidiariamente, para el caso en que no se declare la nulidad del negocio jurídico, se declare la resolución del Contrato de permuta financiera firmado entre las partes el 23 de noviembre de 2006, Contrato Marco de operaciones Financieras de la misma fecha y del Contrato de permuta financiera firmado entre las partes el 22 de febrero de 2008, por haber existido incumplimiento del deber de información y haber actuado negligentemente, y en su virtud condene a Banco de Santander, S.A. a resolver los contratos sin coste alguno, procediendo a la anulación de los cargos y abonos que las partes hubiesen efectuado a cargo de los mismos



desde sus respectivas firmas, así como las cantidades que desde la fecha de la demanda y hasta que recaiga sentencia se carguen a Artyplast Rotacional, S.L., restituyendo ambas partes las cantidades pagadas y abonadas mutuamente, más el interés legal y de demora correspondiente y se impongan las costas de este procedimiento a Banco de Santander, S.A.».

2.- La demanda fue presentada el 19 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Vilafranca del Penedès, fue registrada con el núm. 880/2010 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Raimunda Marigó Cusiné, en representación de Banco de Santander S.A. (antes Banco Santander Central Hispano S.A.), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Vilafranca del Penedès dictó sentencia n.º 183/2011, de 13 de diciembre , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: QUE ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora Sra. Montserrat López Llinás, en nombre y representación de Artyplast Rotacional S.L., contra la entidad bancaria Santander Central Hispano, en la persona de su representante legal, representada por la Procuradora Sra. Raimuna Marigó, y DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad contractual del contrato de permuta financiera suscrito entre partes con fecha 23 de Noviembre de 2006 y de fecha 22 de Febrero de 2008; DECLARO no ajustadas a derecho las liquidaciones practicadas; Y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad Banco de Santander a la anulación de los cargos y abonos que las partes hubiesen efectuado a cargo de los mismos desde sus respectivas firmas así como las cantidades que desde la fecha de la demanda y hasta que recaiga sentencia se carguen a Artyplast Rotacional S.L., restituyendo ambas partes las cantidades pagadas y abonadas mutuamente, más los intereses legales correspondientes con expresa imposición de las costas procesales que se devenguen en este procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 196/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 1 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS:

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.

2. Desestimamos la demanda y absolvemos a Banco de Santander, S.A., sin pronunciamiento de las costas de instancia.

3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso[...].».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª Esther Suñer Ollé, en representación de Artyplast Rotacional S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del ordinal 2º del artículo 469, apartado 1º de la LEC en cuanto la sentencia recurrida infringe el artículo 216 LEC y 218.1 LEC por resultar la misma incongruente.

»Segundo.- Al amparo del ordinal 2º del artículo 469 apartado 1º de la LEC en cuanto la sentencia recurrida infringe el artículo 217.3 y 217.7 LEC relativos a las reglas sobre la carga de la prueba.

»Tercero.- Al amparo del ordinal 2º del artículo 469, apartado 1º de la LEC en cuanto la sentencia recurrida infringe el artículo 218.2 LEC por deficiente motivación.

»Cuarto.- Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución por cuanto existe error en la valoración de la prueba».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3 y 3 de la LEC en cuanto la sentencia recurrida infringe, por inaplicación, el artículo 79 , 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , junto con el art. 5 del Código de



Conducta del R. D. 629/1993 y el art. 64 del R.D. 217/2008 relativos al deber de información, al no estimar el incumplimiento del mismo por el demandado en elementos esenciales, y solo en periféricos, del contrato.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3 y 3 de la LEC en cuanto la sentencia recurrida, infringe los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil en el sentido de que no estima la pretensión de la nulidad contractual sobre la base del error en el consentimiento.

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3 y 3 de la LEC en cuanto la sentencia recurrida infringe, por inaplicación, la normativa sectorial del Mercado de Valores derivada de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva Europea (MIFID) en materia SWAPS - art. 19 y 4.1.4) de la Directiva 2004/39 . Art. 79 , 79 bis en relación con el art. 99 Z. bis) de la Ley del Mercado de Valores , art. 60 , 72 , 73 , 74 del R.D. 217/2008 , art. 4 , 5 y 6 del R.D. 217/2008 ».

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 y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Artyplast Rotacional, S.L. contra la sentencia dictada, el 1 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 196/2012 , dimanante del juicio ordinario n.º 880/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vilafranca del Penedes».

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

4.- Por providencia de 10 de octubre 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 16 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 23 de noviembre de 2006, Artyplast Rotacional S.L. (en adelante, Artyplast) y Banco Santander S.A. concertaron un contrato denominado «swap bonificado reversible media», con un nominal de 400.000 €, vencimiento el 5 de diciembre de 2011 y liquidaciones trimestrales.

2.- El 22 de febrero de 2008 se canceló dicho contrato y se suscribió otro denominado «swap flotante bonificado», con un nominal de 900.000 € y vencimiento el 25 de febrero de 2013.

3.- Las liquidaciones periódicas del primer swap dieron un resultado positivo para el cliente de 543,06 €. Las del segundo, arrojaron un saldo negativo para el mismo de 47.183,33 €.

4.- Artyplast formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad de los contratos suscritos entre las partes por error vicio del consentimiento; y subsidiariamente, su resolución por incumplimiento de la entidad financiera.

Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró que el banco no había informado debidamente de los riesgos del contrato, pese a haber tomado la iniciativa en su suscripción; no se cercioró del perfil del cliente, ni de la conveniencia del producto; y ello supuso que el cliente contratara con error en la prestación del consentimiento. Razones por las cuales estimó la demanda.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) No hay prueba sobre la falta de información, ni sobre la existencia de error en el consentimiento; (ii) Únicamente se ha probado la aplicación de comisiones implícitas, que no pueden ser devengadas, así como la oscuridad de la cláusula de cancelación, que hace ineficaz la practicada por la entidad financiera. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

6.- La parte demandante solicitó la aclaración y complemento de dicha sentencia, que fueron denegadas mediante auto por la Audiencia Provincial. Si bien, en la fundamentación jurídica de dicha resolución afirmó que aunque el contrato no quedaba resuelto, el banco debería presentar nueva liquidación que excluyera las comisiones implícitas y que, en caso de cancelación anticipada, no podría aplicar la cláusula decimocuarta del contrato.

Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** *Primer motivo de infracción procesal. Incongruencia de la sentencia.**Planteamiento:*

1.- El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por infracción de los arts. 216 y 218 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo se denuncian cuatro infracciones distintas: a) Que el pronunciamiento relativo a la cláusula de cancelación anticipada es incongruente, pues de la sentencia y del auto denegatorio del complemento se deduce que, pese a considerar que la citada cláusula es inaplicable, no se expresa como deberá calcularse, en su caso, el coste de dicha cancelación; b) Que la sentencia adolece de incongruencia interna, porque en el auto se dice que las comisiones implícitas no pueden ser devengadas, pese a lo cual no se declara ni la nulidad ni la resolución del contrato, que era lo solicitado en la demanda; c) La sentencia es incongruente, porque únicamente trata la pretensión relativa a la nulidad del contrato, pero no la formulada subsidiariamente respecto de su resolución por incumplimiento de la entidad financiera; y d) La sentencia resulta incongruente respecto a la extensión y alcance del deber de información.

Decisión de la Sala:

1.- En el motivo, con defectuosa técnica casacional, se entremezclan alegaciones que atañen a la congruencia propiamente dicha, a la denominada congruencia interna y a la motivación. Y ello tiene importancia, porque como recordamos, por ejemplo en la sentencia núm. 490/2016, de 14 de julio , mientras que la denominada congruencia externa supone una vulneración de las normas esenciales de la sentencia y tiene su ámbito de recurso en el art. 469.1.2º LEC , la congruencia interna se combate conforme al número 4º del artículo 469.1 LEC .

2.- Como hemos dicho, entre otras muchas, en la sentencia 169/2016, de 17 de marzo , la congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Mientras que la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero ; 140/2006, de 8 de mayo ; y 127/2008, de 27 de octubre); y por eso, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal se encuentra en el número 4º del artículo 469.1 LEC , y no en el nº 2, como incorrectamente ha efectuado la recurrente (sentencias de esta Sala núm. 634/2015, de 10 de noviembre ; 356/2016, de 30 de mayo ; y 543/2016, de 14 de septiembre).

3.- Respecto de la pretendida incongruencia de la sentencia en cuanto al pronunciamiento relativo a la inaplicación de la cláusula sobre el coste de la cancelación anticipada, en la demanda no se solicitaba la nulidad de dicha cláusula, ni la resolución parcial del contrato, sino su nulidad o resolución total. Por lo que, desde este punto de vista, no hay incongruencia, en tanto que la sentencia no da lugar a ninguna de tales soluciones parciales. Si bien resulta perturbador que, pese a ello, y a denegar el complemento de la sentencia, en la fundamentación jurídica del auto que hace tal denegación se diga que, pese a no ser suficiente para dar lugar a la resolución del contrato, en la nueva liquidación que habrá de presentar el banco, no podrá aplicarse la cláusula controvertida. Pero ello no es un defecto procesal que deba ser combatido en este recurso, sino que, en su caso, constituirá una indebida valoración jurídica que habrá de combatirse en el recurso de casación.

4.- Otro tanto sucede con el pronunciamiento del auto relativo a las comisiones implícitas, puesto que pese a no dar lugar a una nulidad o resolución parciales, dice que las mismas no podrán devengarse. Pero como hay un ajuste formal entre lo pedido y lo denegado -puesto que en la demanda no se propugnaban tales soluciones parciales-, no hay infracción procesal, sino en todo caso incorrección en la valoración jurídica, que deberá impugnarse en el recurso de casación.

5.- Respecto a la incongruencia externa, porque la sentencia se pronuncia únicamente sobre la acción de nulidad, pero no sobre la subsidiaria de resolución contractual por incumplimiento, es cierto que la sentencia incurre en dicho déficit. Pero en el auto de denegación del complemento, aun de forma extremadamente sucinta, se afirma que los defectos apreciados en la cláusula de cálculo del coste del vencimiento anticipado y en el devengo de comisiones implícitas no son suficientes para dar lugar a la resolución del contrato. Por lo que, mal que bien, se subsana la omisión inicialmente padecida.

6.- Y por último, respecto a la incongruencia interna en cuanto a la extensión y alcance del deber de información, realmente no se denuncia un desajuste entre la motivación y el fallo, sino que se pretende poner de



manifiesto una contradicción entre la sentencia recurrida y otra dictada por la misma Sección de la Audiencia Provincial en un caso que, según la parte recurrente, era igual. Lo que es ajeno a un motivo de recurso de infracción procesal, pues a lo sumo, para lo que serviría es para justificar un interés casacional para recurrir.

7.- En suma, aunque en lo relativo al coste de la cancelación anticipada y a las comisiones implícitas tiene cierto fundamento para justificar este motivo de infracción procesal, más que incoherencia interna, lo que habría sería una incorrecta apreciación jurídica sobre el alcance de tales cuestiones, por lo que tal valoración deberá ser combatida en el recurso de casación y no en este recurso estrictamente procesal.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Carga de la prueba.

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula también al amparo del art. 469.1.2º LEC y denuncia infracción del art. 217.3 y 7 LEC, en cuanto a la distribución de las reglas de la carga de la prueba.

2.- En el desarrollo del motivo se arguye, resumidamente, que la sentencia infringe los preceptos indicados porque hace recaer en la demandante la prueba de que no hubo información suficiente sobre la naturaleza y riesgos de los productos contratados, cuando dicha prueba incumbe a la entidad de servicios de inversión.

Decisión de la Sala:

1.- Afirma textualmente la Audiencia Provincial que: «Nos hemos de mover en el ámbito general del art. 1258 CC y del deber de información como consecuencia de la buena fe contractual, de forma que corresponde a la parte actora demostrar si el demandado incumplió ese deber hasta el punto de provocar un error en el consentimiento».

Conclusión que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, no es correcta.

2.- En efecto, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que tanto antes como después de la trasposición a nuestro Derecho de la normativa MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Así como que, ante la alegación del demandante, inversor no profesional, de que no fue informado sobre los concretos riesgos que conllevaba la contratación del swap, corresponde a la entidad de servicios de inversión que lo comercializó acreditar que cumplió con los deberes de información reseñados. Tanto porque al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento, como por el principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano acreditar que ofreció la información pertinente (sentencias de esta Sala núm. 668/2015, de 4 de diciembre, y 60/2016, de 12 de febrero, entre otras muchas).

CUARTO.- Estimación del recurso extraordinario por infracción procesal. Consecuencias.

1.- Al haberse puesto en evidencia que la sentencia recurrida infringió el art. 217 LEC, al atribuir indebidamente a la demandante la carga de la prueba del cumplimiento por la entidad financiera de su deber de información sobre la naturaleza y riesgos del producto, cuando dicha obligación procesal competía a la demandada, debe estimarse el segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal.

2.- En su virtud, conforme a la regla 7ª de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe dictarse nueva sentencia, teniendo en cuenta lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Y dado que en dicho recurso se denuncia la infracción de los arts. 79 y 79 bis LMV, de los Reales Decretos que los desarrollan, núm. 629/1993 y 217/2008, y la incidencia que el incumplimiento de los deberes de información que imponen tales normas tiene en la prestación de un consentimiento viciado por error, estas serán las cuestiones que se tratarán en los fundamentos jurídicos siguientes.

QUINTO.- Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

1.- Aunque la pretensión formulada en la demanda y sostenida en este recurso de casación se refiere a la nulidad de los dos contratos de swap celebrados entre las partes, uno en 2006 y, por tanto, antes de la entrada en vigor de 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, que tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE (normativa MiFID); y otro en 2008, posterior a la vigencia de la nueva regulación, únicamente tiene virtualidad práctica el pronunciamiento respecto del segundo de tales contratos, puesto que el primero fue cancelado por acuerdo de las partes, tras un mínimo saldo positivo a favor del cliente.



Por lo que el único que estaba vigente cuando se interpuso la demanda y era objeto de controversia efectiva, en cuanto que había producido liquidaciones negativas para el cliente de elevada cuantía, era el segundo swap, concertado en 2008, cuando ya era plenamente aplicable la normativa MiFID.

2.- Tras la reforma legal de 2007, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten tales servicios deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV 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), y su normativa reglamentaria de desarrollo, 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 pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, de 25 de febrero, ente otras muchas).

SEXTO.- *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. No consta realmente 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; sin que pueda considerarse suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, ni puede hacerse responsable al cliente de la falta de información.

Tampoco cabe otorgar relevancia al hecho de que en los contratos (el cancelado por acuerdo de las partes y el que lo sustituyó) se contuviera una mención, bajo el epígrafe «advertencia», en que se hacía saber al cliente que el producto podría entrañar riesgos y que podía generar pérdidas. Y ello, porque era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma del documento. Y porque la entidad financiera no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que el producto



ofertado fuera adecuado a su perfil inversor. 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.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés. Como afirmamos en la sentencia núm. 692/2015, de 10 de diciembre:

«El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional.

»Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma [...]».

Por lo que no puede considerarse en modo alguno que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor 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 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 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 suministrarla 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.- Como consecuencia de todo lo expuesto, en aplicación de 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 apelación interpuesto por Banco Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso extraordinario de infracción procesal conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, ni por el recurso de casación, que no ha sido objeto de resolución, como determina el art. 398.2 LEC .

2.- A su vez, por la desestimación del recurso de apelación, deben imponerse a Banco Santander, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC .

3.- Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por Artyplast Rotacional, S.L., contra la sentencia núm. 142/2013, de 1 de marzo de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, en el recurso de apelación núm. 196/2012 . **2.º-** Anular la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, S.A. contra la sentencia núm. 183/2011, de 13 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vilafranca del Penedés , en el juicio ordinario núm. 880/2010, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a Banco Santander, S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. **5.º-** Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y 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.