



Roj: **STS 547/2017 - ECLI:ES:TS:2017:547**

Id Cendoj: **28079110012017100096**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **2113/2013**

Nº de Resolución: **96/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AV 230/2013,**
STS 547/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Fotorenovables Corteceros, S.L., representada por la procuradora D.^a Matilde Marín Pérez, bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Navas Marqués, contra la sentencia núm.103/2013, de 18 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, en el recurso de apelación núm. 125/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 155/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ávila. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a María Candelas González Bermejo, en nombre y representación de Fotorenovables Corteceros, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«estimando íntegramente la presente demanda se declare la nulidad del denominado Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOP) suscrito entre FOTORENOVABLES CORTECEROS S.L. y BANCO SANTANDER, S.A. el 16 de octubre de 2.008 y las Confirmaciones de Permuta Financiera de tipos de Interés (SWAP de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral y con Cap), de fecha 17 de octubre de 2.008 así como del documento de garantía de fecha 17 de octubre de 2.008 que tuvieron que firmar tanto el Administrador de la sociedad don Juan María como su esposa doña Noelia al objeto de garantizar indefinidamente al banco cuantas cantidades adeudase FOTORENOVABLES CORTECEROS a la entidad derivadas de las citadas operaciones, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubieren acontecido en vista de las liquidaciones practicadas y que se pudieren producir hasta la ejecución de la sentencia con los intereses legales, con condena en las costas procesales causadas en este procedimiento a BANCO SANTANDER».

2.- La demanda fue presentada el 7 de febrero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ávila, fue registrada con el núm. 155/2012. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Inmaculada Porras Pombo, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ávila dictó sentencia núm. 75/2013, de 25 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Candelas González Bermejo, en nombre y representación de la entidad mercantil FOTORENOVABLES CORTECEROS, S.L., contra la entidad mercantil BANCO SANTANDER, S.A., DEBO DECLARAR Y DECLARO que NO HA LUGAR a la misma; y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Fotorenovables Corteceros, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, que lo tramitó con el número de rollo 125/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2013, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Fotorenovables Corteceros, S.L. contra la Sentencia nº 75/2013 de fecha 25 de Abril de 2.013 dictada por el Titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Ávila en el procedimiento ordinario nº 155/2012, del que el presente Rollo dimana, Y LA CONFIRMAMOS en su integridad CON imposición de las costas en esta alzada a la parte apelante».

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

1.- La procuradora María Candelas González Bermejo, en representación de Fotorenovables Corteceros, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 216 y 217 de la LEC con base en el artículo 469.1.2º de la LEC .

»Segundo.- Infracción del art. 218 de la LEC, por la falta de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación de la Sentencia Recurrída con base en el artículo 469.1.2º de la LEC .

»Tercero.- Vulneración de los artículos 316, 326 y 376 de la LEC respecto a la valoración de la prueba y ello con base en lo preceptuado en el artículo 469.1.4º de la LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción de los arts. 79 y 79 bis de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, del Mercado de Valores, de los arts. 16, del art. 5.3 del Anexo I del Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo así como de la Directiva 2004/39 y sus normas de desarrollo (Directiva 2006/73).

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC por infracción de los artículos 1.261, 1.265 y 1.104 del Código Civil al considerar que la Sentencia Recurrída infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la "diligencia exigible" al cliente: distinción "diligencia profesional" exigible entidad bancaria.»

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 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Fotorenovables Corteceros, S.L., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 18 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 125/2013, dimanante del juicio ordinario 155/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ávila».

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 25 de noviembre 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 1 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Resumen de antecedentes.*

1.- El 18 de julio de 2008, la compañía mercantil Fotorenovables Corteceros S.L. concertó con Banco Santander S.A. un contrato de arrendamiento financiero de planta solar fotovoltaica, por importe de 1.010.620,81 €, con vencimiento el 18 de julio de 2020 y un interés variable del Euribor más 10%

2.- El 16 de octubre de 2008, se suscribió entre las mismas partes un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). Y al día siguiente, 17 de octubre, un contrato de permuta financiera con un nominal de 550.000 €.

3.- En la ejecución del contrato, se giraron liquidaciones positivas para el cliente por importe de 1.492,66 €; y negativas por importe de total de 39.973,02 €.

4.- Fotorenovables formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad del contrato de swap por vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente que el cliente fue debidamente informado de las características y riesgos de la operación y que el banco cumplió las obligaciones impuestas en el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), incluyendo la información relativa al coste de cancelación. En su virtud, desestimó la demanda.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la demandante fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Se realizó al cliente el test de conveniencia, que fue cumplimentado y firmado por su administrador; (ii) Cuando se firmó el contrato de permuta financiera, se adaptaba a las necesidades del cliente, dados sus riesgos financieros por la exposición a la variabilidad del euribor en un escenario alcista; (iii) Se ofreció al cliente una información detallada: tuvo dos reuniones con el director de la sucursal y con un gestor de empresas; se le entregó documentación y se le expusieron supuestos prácticos para que comprendiera el objeto del contrato, incluyendo ejemplos numéricos, y se le informó sobre la cancelación y que supondría una venta; (iv) No puede apreciarse error excusable. Como consecuencia de lo cual, confirmó la sentencia de primera instancia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. *Primer motivo de infracción procesal. Justicia rogada y carga de la prueba.*

Planteamiento:

1.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC formula Fotorenovables un primer motivo de casación, por infracción de los arts. 216 y 217 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente, en cuanto al art. 216 LEC , que la sentencia se basa en consideraciones que no tienen apoyo probatorio y que, por el contrario, que no tiene en cuenta aspectos alegados por las partes, relativos a que el cliente no es experto, contrató confiado en su relación con el director de la sucursal y no fue informado del coste de cancelación. Y en cuanto al art. 217, aduce que se atribuye equivocadamente la carga de la prueba de la información al cliente, cuando legalmente corresponde a la entidad financiera.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo es totalmente inconsistente y ha de ser desestimado. Respecto de la supuesta infracción del art. 216 LEC , el deber de exhaustividad no implica que deban tratarse minuciosamente todas las alegaciones realizada por las partes, y basta con leer la sentencia para comprobar que da respuesta a todas las cuestiones planteadas y que expresa las razones por las que adopta su resolución. Cosa distinta es que las mismas no convengan a la parte, o que no sean jurídicamente acertadas, en cuyo caso deben ser combatidas en el recurso de casación, pero no en esta sede puramente procesal. Y para el supuesto de que la parte considerase que algunas cuestiones habían quedado sin tratar, debería haber solicitado el complemento de sentencia, como establece el art. 215 LEC .

2.- En cuanto al art. 217 LEC , la sentencia recurrida no lo cita, ni hace mención alguna a la distribución de la carga de la prueba. Por lo demás, es contradictorio afirmar que se han infringido las normas de la carga de la prueba, lo que presupone ausencia de prueba, y al tiempo, formular otro motivo de infracción procesal por error en la valoración de la prueba.

TERCERO. - *Segundo motivo de infracción procesal. Exhaustividad y motivación de la sentencia.*

Planteamiento:



1.- También al amparo del art. 469.1.2.º LEC , se formula este segundo motivo, que denuncia infracción del art. 218 LEC , por falta de congruencia, claridad y exhaustividad de la sentencia.

2.- Al desarrollarlo, se arguye, resumidamente, que la sentencia no es clara, porque atribuye al cliente un nivel experto que se contradice con que se le reproche que no se informara debidamente; no es exhaustiva, porque no trata todas las cuestiones planteadas; no es congruente, porque es contradictoria en cuanto a la complejidad del contrato y la inexperiencia del cliente; y no está motivada.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo confunde congruencia y motivación. La sentencia es plenamente congruente, puesto que existe plena correlación entre lo solicitado y lo resuelto, máxime cuando se trata de una sentencia absolutoria. Tampoco existe contradicción interna, dado que lo resuelto es coherente con lo razonado. La motivación es suficiente y expresa las razones por las que el tribunal adopta su resolución. Y si la parte consideraba que no se habían tratado todos los puntos litigiosos, debería haber solicitado el complemento que previene el ya citado art. 215 LEC .

2.- Por estas razones, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- *Tercer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.*

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1, apartados 3 y 4, LEC , por infracción de los arts. 316 , 326 y 376 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce que la valoración de las pruebas realizada por la Audiencia Provincial es irracional y arbitraria.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero , 29/2005, de 14 de febrero , 211/2009, de 26 de noviembre , 25/2012, de 27 de febrero , 167/2014, de 22 de octubre , y 152/2015, de 6 de julio , destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala 418/2012, de 28 de junio , 262/2013, de 30 de abril , 44/2015, de 17 de febrero , 235/2016, de 8 de abril , 303/2016, de 9 de mayo , y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En este caso, lo que la parte pretende es que este Tribunal de casación se convierta en una tercera instancia y revise pormenorizadamente cada uno de los medios probatorios que la recurrente considera oportunos, al tiempo que pretende suplantar las facultades valorativas del tribunal de instancia por las suyas propias. Lo que resulta inatendible, hasta el punto de que este motivo de infracción procesal no debió superar la fase de admisión, por lo que ahora debe ser desestimado.

Recurso de casación.

QUINTO.- *Planteamiento y oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso.*



1.- Fotorenovables Corteceros interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC , basado en un dos motivos, en los que, tras justificar la existencia de interés casacional por la existencia de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales, en el primer motivo denunció infracción de los arts. 79 y 79 bis LMV, del Real Decreto 629/1993 y de la Directiva 2004/39; y en el segundo, infracción de los arts. 1261 , 1265 y 1104 CC .

2.- La parte recurrida se opone a la admisión del recurso de casación, al afirmar que se pretende una revisión de la base fáctica de la sentencia, que no existe interés casacional y que se citan normas legales genéricas y heterogéneas. Tal oposición no puede ser atendida, porque ambos motivos de casación superan los requisitos para su admisibilidad, por las siguientes razones: (i) No se altera la base fáctica de la sentencia, únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos; (ii) Se identifican correctamente los preceptos legales que atañen directamente al caso y se consideran infringidos; (iii) Se invocan diversas sentencias de Audiencias Provinciales que, ciertamente, resultan contradictorias entre sí y con la que es objeto de recurso. 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.

3.- Dada la evidente conexión entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente.

SEXTO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores 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.- Tras la reforma, 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 (que ya estaba en vigor cuando se firmó el contrato litigioso y sustituyó al 629/1993, invocado en el recurso), establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión 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 consistía 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 102/21016, de 25 de febrero).

SÉPTIMO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa,



fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 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 afirma que se entregó al cliente un tríptico y que se le pusieron unos ejemplos numéricos, pero dado que reconoce que lo que se pretendía por el cliente era conjurar los riesgos de una subida de los tipos de interés, no trata siquiera la cuestión primordial de que fuera debidamente informado y advertido, expresa y suficientemente, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas del euribor, y en cuanto a la cancelación, solo se recoge que se le indicó que podía hacerse y que sería como una venta del producto, pero no dice nada sobre la información relativa al posible coste y al riesgo asociado a su cuantificación.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias núm. 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.

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». No se trata de que el Banco de Santander 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 estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, a fin de estimar la demanda. Si bien, únicamente debe declararse la nulidad del contrato de permuta financiera, puesto que el CMOF es un contrato marco que, a estos efectos, no tiene virtualidad propia por sí mismo.

OCTAVO.- Costas y depósitos.

1.- Deben imponerse a la parte recurrente las costas generadas por el recurso extraordinario de infracción procesal que ha sido íntegramente desestimado, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, conforme previene el art. 398.2 LEC .

3.- Como quiera que, a su vez, la estimación del recurso de apelación conlleva la estimación sustancial de la demanda (la desestimación respecto de la pretensión de nulidad del CMOF no afecta al núcleo de la cuestión litigiosa), deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC .

4.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución de los prestados para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Fotorenovables Corteceros S.L., contra la sentencia núm. 103/2013, de 18 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 125/2013 . **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra dicha sentencia, que casamos y anulamos, y en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Fotorenovables Corteceros S.L. contra la sentencia núm. 75/2013, de 25 de abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ávila , en el juicio ordinario núm. 155/2012, que revocamos y dejamos sin efecto. **3.º-** Estimar la demanda formulada por Fotorenovables Corteceros S.L. contra Banco de Santander S.A. y declarar la nulidad del contrato de permuta financiera (swap de tipos de interés con opción de conversión unilateral y con Cap) celebrado entre las partes el 17 de octubre de 2008, con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde la fecha de abono. **4.º-** Imponer a Fotorenovables Corteceros S.L. las costas del recurso extraordinario de infracción procesal. **5.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación. **6.º-** Condenar al Banco de Santander, S.A. al pago de las costas de la primera instancia. **7.º-** Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución de los depósitos prestados para los recursos de apelación y 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.