

Roj: **STS 725/2017 - ECLI:ES:TS:2017:725**Id Cendoj: **28079110012017100140**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/03/2017**Nº de Recurso: **1181/2014**Nº de Resolución: **140/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 212/2014,**  
**STS 725/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 1 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Fundación Museo Marítimo de Ría de Bilbao, representada por el procurador D. Luis Pozas Osset, bajo la dirección letrada de D. Javier Hernando Mendivil, contra la sentencia núm. 63/2014, de 3 de febrero, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 468/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1244/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Amaya Laura Martínez Sánchez, en nombre y representación de Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare:

»A) La nulidad de toda la documentación contractual suscrita en las partes en relación a la operación de "swap" referenciada por la demandada con el número 434341.21 y de fechas 18 de mayo de 2005, 13 de enero de 2006, 16 de mayo de 2006 y 1 de febrero de 2007, incluyendo el contrato marco de operaciones financieras de fecha 13 de mayo de 2005.

»B) Subsidiariamente a la petición anterior, se declare conforme a derecho la resolución de la operación del caso y la documentación contractual referida en el apartado anterior llevada a cabo mediante la comunicación aportada como documento número 11 de la presente demanda.

»C) Subsidiariamente a la petición precedente, se declare en cualquier caso la resolución de la operación del caso y la documentación contractual referida en el apartado A) de este suplico.

»D) Caso de estimarse cualquiera de las peticiones contenidas en los apartados A) o B), se condene a la demandada, además de a las costas del procedimiento, a pagar a mi cliente la cantidad de 204.632,68 €, con sus correspondientes intereses legales desde las fechas en que se cargaron las diferentes liquidaciones negativas según resulta del documento número 9, previa compensación o deducción de los intereses



devengados a favor de mi cliente por las dos liquidaciones positivas acaecidas, así como las cantidades que, en su caso, se vea obligada la actora a pagar a la demandada en el futuro como consecuencia de la operación "swap" de referencia».

2.- La demanda fue presentada el 11 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao, fue registrada con el núm. 1244/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. German Ors Simón, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia por la que, desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de la totalidad de las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera n.º 7 de Bilbao dictó sentencia núm. 58/2013, de 15 de marzo , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Martínez Sánchez, en nombre de la Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao, contra Banco Santander S.A.,

\* declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés firmado entre las parte litigantes con fecha 01.02.2007, importe nocional de 3.000.000 euros y el contrato marco el de 13.05.2005.

\* condeno a la demandada a que abone a la demandante la cantidad que resulte de la liquidación que se practique como consecuencia de tal declaración de nulidad y los intereses expresado en el Fundamento Jurídico Octavo.

\* Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere por mitad.

\* No ha lugar a efectuar otros pronunciamientos».

**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 Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 468/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia núm. 63/2014, de 3 de febrero , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el BANCO SANTANDER SA, representado por el Procurador D. German Ors Simón, y estimando la impugnación de la sentencia recurrida por la FUNDACIÓN MUSEO MARÍTIMO RÍA DE BILBAO, representada por la Procuradora Dña. Amaya Laura Martínez Sánchez, contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de los de Bilbao , en los autos de Procedimiento Ordinario n.º 1.244/11, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de que, desestimando la demanda interpuesta por la Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao contra El Banco Santander SA, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella ejercitadas, todo ello sin hacer imposición a ninguna de las partes litigantes de las costas procesales causadas en las dos instancias».

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

1.- La procuradora D.ª Amaya Laura Martínez Sánchez, en representación de Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los arts. 1.265, 1.266, 1.269 y 1.270 CC y la doctrina jurisprudencial que los desarrolla.

»Segundo.- Vulneración de los artículo 79 bis, apartados 3, 4, 6 y 7, de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores, el artículo 5.3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y el 60 y 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero ».

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 esta Sala y personadas ante la misma 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 el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao contra la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Cuarta), en el rollo de apelación n.º 468/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1244/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Bilbao».



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 el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- La Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao y el Banco de Santander S.A. celebraron un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 13 de mayo de 2005 y varios contratos de swap de fecha 18 de mayo de 2005, 13 de enero de 2006, 16 de mayo de 2006 y 1 de febrero de 2007.

2.- En el desarrollo de tales contratos, se produjeron liquidaciones negativas para el cliente por importe total de 204.632,68 ?.

3.- La Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao formuló una demanda contra el Banco de Santander, en la que solicitó la nulidad de los indicados contratos; subsidiariamente, la resolución de los contratos; y en cualquiera de los supuestos, que se condenara a la entidad bancaria a devolver la suma de 204.632,68 ?, más sus intereses legales, previa deducción de las cantidades abonadas por las liquidaciones positivas, con sus correspondientes intereses.

4.- El juzgado dictó sentencia en la que declaró caducada la acción respecto de los contratos de swap de 18 de mayo de 2005, 13 de enero de 2006 y 16 de mayo de 2006. Respecto del último de los concertados, el 1 de febrero de 2007, consideró que se celebró con error en el consentimiento, porque la entidad bancaria lo ofreció como un seguro para cubrir la subida de los tipos de interés, prácticamente sin coste, y que era fácilmente cancelable, sin informar del riesgo de tener que desembolsar una importante cantidad de dinero. Además, apreció que los términos del contrato no se correspondían con las conversaciones previas, en las que no se había informado sobre los riesgos. Razones por las cuales, estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y del contrato de swap de 1 de febrero de 2007, con restitución de las prestaciones.

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad financiera e impugnada por la fundación demandante. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la impugnación e íntegramente el recurso de apelación, de tal manera que, si bien consideró que la acción no estaba caducada respecto de ninguno de los contratos, los miembros del patronato de la Fundación eran perfectamente conscientes del funcionamiento de los swaps, porque fueron debidamente informados al respecto. Añadió que a cada uno de los contratos se adjuntaba un anexo de funcionamiento del producto, en el que se definía el mismo, se señalaba un cálculo de liquidación y se reflejaban dos escenarios posibles, en los que, partiendo del tipo variable de referencia, se describía la liquidación neta que resultaría para el cliente y resultado que se produciría en función de que se sobrepasara o no el nivel de referencia. Por último, consideró que el cliente únicamente mostró su disconformidad cuando comenzó a recibir liquidaciones negativas. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

### SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento de los dos motivos. Admisibilidad. Resolución autónoma del primer submotivo del motivo primero y conjunta del segundo submotivo del motivo primero y del motivo segundo.*

1.- La Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao formuló recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, basado en dos motivos.

2.- En el primer motivo cita como infringidos los arts. 1265, 1266, 1269 y 1270 CC, así como las sentencias de esta Sala de 5 de septiembre de 2012, 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014. En su desarrollo, divide la argumentación en dos submotivos, uno relativo al dolo omisivo y otro el error en el consentimiento. Resumidamente, argumenta que fue la entidad bancaria quien ofreció el producto al cliente, sin estudiar su idoneidad, y sin ofrecer información sobre los posibles riesgos y el coste de cancelación.

3.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 79 bis, apartados 3, 4, 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), el art. 5.3 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y los arts. 60 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Cita como infringidas las sentencias de esta Sala de 8 de noviembre de 1996, 18 de abril de 2013 y 20 de enero de 2014.

4.- La parte recurrida, en su escrito de oposición, adujo que el recurso de casación era inadmisibile, por considerar que no se identifica adecuadamente el interés casacional, se pretende alterar la base fáctica de



la sentencia y se citan como infringidas normas jurídicas que no inciden en la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

Es cierto que la formulación del recurso de casación no es todo lo rigurosa que sería deseable e incluso que algunas de las disposiciones legales citadas ( art. 79 bis LMV y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero ) no son aplicables, puesto que son posteriores a las fechas de celebración de los contratos litigiosos, todos ellos previos a la trasposición a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID. Pero ello no hace que el recurso resulte inadmisibile, puesto que identifica ya desde el encabezamiento las normas jurídicas supuestamente infringidas, incluyendo las que sí estaban en vigor cuando se firmaron los contratos, especialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y las relaciona con la ausencia de la debida información sobre la naturaleza y riesgos de los productos financieros objeto de litigio. A su vez, 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, y como ha resuelto el Tribunal Supremo, cuyas sentencias también se invocan como infringidas. Lo cual 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.- Como quiera que, según jurisprudencia reiterada de esta Sala, el incumplimiento por la entidad de servicios de inversión de sus deberes legales de información hace presumir el error del cliente, el segundo submotivo del primer motivo de casación y el segundo motivo de casación deben ser resueltos conjuntamente. Mientras que el primer submotivo del motivo primero, referente al dolo, se tratará independientemente.

**TERCERO.-** *Primer submotivo de casación. Dolo omisivo. La jurisprudencia de esta Sala sobre el dolo omisivo en los contratos de swap. Desestimación.*

1.- En las sentencias de esta Sala 358/2016, de 1 de junio , y 460/2016, de 5 de julio , hemos tratado la posibilidad de que un déficit de información en la contratación de un swap pueda constituir dolo omisivo por parte de la entidad financiera, que provoque la invalidez del consentimiento del cliente. Decíamos en ellas:

«Conforme al art. 1269 CC , «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». La jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta deber ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (recogida en la SSTS de 11 y 12 de junio de 2003 ).

»La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico ( sentencias 233/2009, de 26 de marzo , 289/2009, de 5 de mayo , 855/2009, de 30 de diciembre , 129/2010, de 5 de marzo , 658/2011, de 28 de septiembre ). Esto es, para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio. Aunque no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo.

»En cualquier caso, el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro contratar. Y es esta nota de malicia, que resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar, la que no se aprecia en este caso.

»Aunque en alguna ocasión hemos extendido el deber de información del art. 79 bis 3 LMV a los concretos riesgos que pudieran derivarse del coste de cancelación, y hemos llegado a apreciar el error en el consentimiento como consecuencia de este defecto de información, para la apreciación del dolo se requiere algo más. Es preciso que el silencio se haya empleado como medio de engaño para lograr el consentimiento del cliente, lo que no ha quedado acreditado en la instancia, y el recurso de casación no permite alterar la base fáctica. Al respecto, conviene no olvidar que, no sólo no constan circunstancias que puedan poner en evidencia la existencia del engaño, sino que la sentencia de apelación declara probado que los representantes de las sociedades demandantes «fueron informadas de los riesgos del producto» y «conocían lo que firmaban».

2.- A su vez, en otras resoluciones, como las sentencias núm. 692/2015, de 10 de diciembre , o 310/2016, de 11 de mayo , hemos dicho, en relación con el cumplimiento del deber de información que compete legalmente a la entidad financiera (básicamente, art. 79 bis LMV), que no se trata de que ésta 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. Del mismo modo, hemos afirmado también en tales resoluciones (y en las que en ellas se citan) que el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

**3.-** En su caso, la omisión de tales deberes de información sobre 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, podría dar lugar a un error vicio del consentimiento, pero no a una nulidad contractual por dolo omisivo.

**4.-** Como consecuencia de lo expuesto, este primer submotivo debe decaer.

**CUARTO.-** *Segundo submotivo del motivo primero y motivo segundo de casación. Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

**1.-** La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

**2.-** No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

**3.-** Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado 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».

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

**1.-** Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de



noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre ).

**2.-** En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; 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 a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Al contrario, atribuye a la experiencia mercantil de los miembros del patronato de la Fundación el conocimiento del funcionamiento del producto, sin que tenga en cuenta las obligaciones legales de información de la entidad financiera.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

**3.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 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, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

**SEXO.-** *Estimación del recurso de casación y asunción de la instancia.*

**1.-** Como quiera que la sentencia recurrida no se adecuaba a la expuesta doctrina jurisprudencial, el recurso de casación ha de ser estimado y, al asumir la instancia tras la anulación de la sentencia recurrida, debe



desestimarse íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander y mantener la estimación de la impugnación de la Fundación, relativa a que la acción de anulabilidad de los tres primeros contratos de swap no estaba caducada, puesto que Banco de Santander no ha formulado recurso de casación contra dicho pronunciamiento.

2.- En su virtud, ha de estimarse sustancialmente la demanda y declarar la nulidad de los contratos de swap, por error vicio del consentimiento, con restitución recíproca de las prestaciones. Por el contrario, no procede la nulidad del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), porque es un contrato marco que, a estos efectos, no tiene virtualidad propia por sí mismo.

#### **SÉPTIMO.- Costas y depósitos.**

1.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación interpuesto por el banco y estimación de la impugnación de la Fundación. Por lo que deben imponerse al banco las costas de su recurso de apelación ( art. 398.1 LEC ) y no hacer expresa imposición de las costas causadas por la impugnación ( art. 398.2 LEC ).

2.- A su vez, al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer imposición de las costas causadas por el mismo, conforme previene el art. 398.2 LEC .

3.- Como quiera que, a su vez, la estimación de la impugnación 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 la primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC .

4.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª 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 la Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao contra la sentencia núm. 63/2014, de 3 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 468/2013 . 2.º- Casar y anular dicha sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander S.A. y estimar la impugnación formulada por la Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao, contra la sentencia núm. 58/2013, de 15 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao , en el juicio ordinario núm. 1244/2011, que revocamos y dejamos sin efecto en cuanto la estimación del recurso de apelación. 3.º- Estimar la demanda formulada por la Fundación Museo Marítimo Ría de Bilbao contra Banco de Santander S.A. y declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera celebrados entre las partes con fecha 18 de mayo de 2005, 13 de enero de 2006, 16 de mayo de 2006 y 1 de febrero de 2007; con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde la fecha de abono. 4.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por la impugnación de la sentencia de primera instancia y por el recurso de casación. 5.º- Condenar a Banco Santander S.A. al pago de las costas de la primera instancia y del recurso de apelación. 6.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.