

Roj: **STS 731/2017 - ECLI:ES:TS:2017:731**Id Cendoj: **28079110012017100146**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/03/2017**Nº de Recurso: **1341/2014**Nº de Resolución: **141/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP OU 178/2014,**
STS 731/2017

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Extraco Construcciones y Proyectos S.A., Misturas Obras y Proyectos S.A., Corgo Da Aira S.L., Inversiones Prada Román S.L., Inversiones Prada Pérez S.L., Barja Regueira S.L., representadas por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de D. Juan José Pérez Barreiro, contra la sentencia núm.113/2014, de 31 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Orense, en el recurso de apelación núm. 613/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 583/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Orense. Ha sido parte recurrida NCG Banco S.A., representado por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Canle Fernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Begoña Pérez Vázquez, en nombre y representación de Extraco Construcciones y Proyectos S.A., Misturas Obras y Proyectos S.A., Corgo Da Aira S.L., Inversiones Prada Román S.L., Inversiones Prada Pérez S.L., Barja Regueira S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra-Novacaixagalicia- (antigua Caixa Galicia) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

- «Declare nulo el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. y la entidad demandada.
- Condene a la demandada a pagar a EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
- Declare nulo el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre MISTURAS, OBRAS E PPROXECTOS, S.A. y la entidad demandada.
- Condene a la demandada a pagar a MISTURAS, OBRAS E PPROXECTOS, S.A. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.



- Declare nulo el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre CORGO DA AIRA, S.L. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a CORGO DA AIRA, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Declare nulo el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre INVERSIÓNS PRADA ROMÁN S.L. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a INVERSIÓNS PRADA ROMÁN, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Declare nulo el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre INVERSIÓNS PRADA PÉREZ, S.L. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a INVERSIÓNS PRADA PÉREZ, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Declare nulo el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre BARJA REGUEIRA, S.L. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a INVERSIÓNS BARJA REGUEIRA, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Condene a la demandada al pago de los intereses que legalmente correspondan.
 - Condene a la demandada al pago de las costas procesales.
- »ALTERNATIVAMENTE:
- Declare resuelto el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre EXTRACO, CONSTRUCCIÓNS E PROXECTOS, S.A. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a EXTRACO, CONSTRUCCIÓNS E PROXECTOS, S.A. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Declare resuelto el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre MISTURAS, OBRAS E PPROXECTOS, S.A. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a MISTURAS, OBRAS E PPROXECTOS, S.A. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Declare resuelto el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre CORGO DA AIRA, S.L. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a CORGO DA AIRA, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
 - Declare resuelto el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre INVERSIÓNS PRADA ROMÁN, S.L. y la entidad demandada.
 - Condene a la demandada a pagar a INVERSIÓNS PRADA ROMÁN, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.



- Declare resuelto el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre INVERSIÓN PRADA PÉREZ, S.L. y la entidad demandada.
- Condene a la demandada a pagar a INVERSIÓN PRADA PÉREZ, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se le carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
- Declare resuelto el contrato denominado "Confirmación de Cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscrito entre BARJA REGUEIRA, S.L. y la entidad demandada.
- Condene a la demandada a pagar a INVERSIÓN BARJA REGUEIRA, S.L. la cantidad de 29.148,05 € (tal y como se expone en los Hechos Tercero y Sexto), más las cantidades que se carguen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de Cobertura hasta ejecución de sentencia, restándole las cantidades que en su caso le sean abonadas al actor.
- Condene a la demandada al pago de los intereses que legalmente correspondan.
- Condene a la demandada al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 8 de julio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Orense, fue registrada con el núm. 583/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Marta Ortiz Fuentes, en representación de NCG BANCO S.A. (antes Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense e Pontevedra), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día sentencia en la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante con todos los pronunciamientos favorables y con expresa imposición de costas a la actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Orense dictó sentencia de fecha 19 de septiembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS SA, MISTURA, OBRAS E PROXECTOS SA, CORGO DA AIRA SL, INVERSIÓN PRADA ROMAN SL, INVERSIÓN PRADA PEREZ SL y BARJA REGUEIRA SL, contra NOVACAIXAGALICIA SA y en consecuencia declarar nulos los contratos "Confirmación de cobertura de Tipos de Interés" de fecha 20/07/2007 suscritos entre las partes en fecha el 20 de julio de 2007 con obligación de restituirse respectivamente las partes contratantes todos los cargos y abonos efectuados según las liquidaciones que constan en el fundamento de derecho cuarto apartado C) de esta resolución, más las cantidades que se le carguen o abonen en virtud de las liquidaciones trimestrales que se vayan produciendo como consecuencia del contrato de cobertura hasta ejecución de sentencia, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG Banco S.A. (antes Caixa Galicia y NovaCaixaGalicia).

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Orense, que lo tramitó con el número de rollo 613/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco SA contra la sentencia, de fecha 19 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Ourense en autos de juicio ordinario 583/11 -rollo de Sala 613/12-, resolución que se revoca y deja sin efecto, acordando en su lugar el rechazo de la demanda formulada por la representación procesal de las entidades mercantiles Extraco Construcciones y Proyectos SA, Misturas Obras y Proyectos SA, Corgo da Aira SL, Inversiones Prada Román SL, Inversiones Prada Pérez SL y Barja Regueira SL absolviendo de sus pedimentos a la demandada apelante.

No se efectúa imposición de las costas de ambas instancias».

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

1.- La procuradora D.ª Begoña Pérez Vázquez, en representación de Extraco Construcciones y Proyectos S.A, Misturas Obras y Proyectos S.A, Corgo Da Aira S.L, Inversiones Prada Román S.L, Inversiones Prada Pérez S.L y Barja Regueira S.L, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:



«Primero.- Infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la incongruencia cometida en la Sentencia de apelación, al no resolver una cuestión litigiosa deducida por esta parte en su escrito de contestación a la apelación.

»Segundo.- Infracción de los arts. 1.280 a 1.289 del Código Civil y de los arts. 6.2 y 7.b) de la Ley 7/1998, en relación con el art. 1.266 del Código Civil, infracción; infracción del art. 218 LEC.

»Tercero.- Infracción de los arts. 78, 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1998, del Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/07, de 19 de diciembre)».

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 Extraco Construcciones y Proyectos, S.A., Misturas Obras y Proyectos, S.A., Corgo da Aira, S.L., Inversiones Prada Román, S.L., Inversiones Prada Pérez, S.L. y Barja Regueira, S.L., contra la sentencia dictada con fecha 31 de marzo de 2014 por la Audiencia Provincial de Orense (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 613/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 583/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orense».

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.- El 20 de julio de 2007, las empresas Extraco S.A., Misturas S.A., Cordo da Aira S.L., Inversiones Prada Román S.L., Inversiones Prada Pérez S.L. y Barja Regueira S.L., suscribieron sendos contratos de arrendamiento financiero con Novacaixa Galicia, por importe de 641.957 € los dos primeros y 634.032 € los otros cuatro. La finalidad de tales contratos era financiar la adquisición de unas placas solares para la instalación de un huerto solar.

2.- En la misma fecha, las indicadas sociedades suscribieron con la misma entidad unos contratos denominados «confirmación de cobertura de tipos de interés», con un nocional de 626.194,99 € cada uno de ellos.

3.- Extraco S.A., Misturas S.A., Cordo da Aira S.L., Inversiones Prada Román S.L., Inversiones Prada Pérez S.L. y Barja Regueira S.L. formularon una demanda contra Novacaixa Galicia, en la que solicitaban la nulidad de los mencionados contratos de permuta financiera, con restitución de las prestaciones; y subsidiariamente, su resolución, por incumplimiento de la entidad financiera.

4.- Tras la oposición de la entidad demandada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos litigiosos, por las siguientes y resumidas razones: (i) No consta qué información ofreció el banco a los clientes; (ii) En los contratos no figura ninguna advertencia sobre la posible evolución de los tipos, más allá de una simple mención a que en determinados niveles, debería ser el cliente quien hiciera los abonos; (iii) La falta de información provocó que los clientes contrataran con error en el consentimiento.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad financiera, fue estimado por la Audiencia Provincial, que consideró resumidamente: (i) En el cruce de información previo a la suscripción de los contratos, los clientes pudieron comprender, con un mínimo de diligencia por su parte, los riesgos de la operación; (ii) Aunque no consta qué información se suministró a los clientes, cabe considerar que eran conocedores del funcionamiento del producto, porque en los informes de auditoría de las empresas se hacía mención a la existencia de riesgos por la bajada de los tipos de interés; (iii) En todo caso, un posible error no sería excusable, puesto que los administradores de las demandantes deberían haberse informado diligentemente de los riesgos asumidos. Razones por las cuales, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Planteamiento del recurso de casación. Inadmisibilidad parcial.*

1.- El recurso de casación se formula al amparo del art. 447.2.3º LEC, en tres motivos.



En el primero, se denuncia la infracción del art. 218 LEC, por incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado la Audiencia Provincial sobre la pretensión subsidiaria de resolución del contrato.

En el segundo motivo se denuncia infracción de los arts. 1266 y 1280 a 1289 CC, en relación con los arts. 6.2 y 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 218 LEC.

Y en el tercer motivo, se alega la vulneración de los arts. 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV).

2.- Tanto porque la parte recurrida alegó en su escrito de oposición que el recurso era inadmisibile, como porque el tribunal aprecia de oficio algunas causas de inadmisibilidad, hemos de decir primeramente que el recurso no está correctamente formulado, aunque ello no impide su admisión parcial.

El primer motivo es inadmisibile, porque no plantea una cuestión sustantiva, sino un problema de orden estrictamente procesal, cual es la congruencia de la sentencia. Para denunciar la infracción pretendida, la parte debería haber interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, y al no haberlo hecho así, no puede introducir en el recurso de casación un motivo que no afecta a la corrección de las normas sustantivas aplicadas.

El segundo motivo es únicamente admisible en cuanto se refiere al art. 1266 CC -error en el consentimiento-, puesto que la mención indiscriminada a todos los preceptos del Código Civil sobre interpretación contractual, algunos de ellos incompatibles entre sí, resulta contraria a las exigencias de claridad y precisión previstas en los arts. 477.1 y 481.1 y 3 LEC.

En cuanto al tercer motivo, no cabe resolverlo en lo que se refiere a los arts. 78 bis y 79 bis LMV, porque tales preceptos se introdujeron por 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, y por tanto, con posterioridad a la suscripción de los contratos de permuta financiera litigiosos.

3.- Como quiera que la jurisprudencia constante de esta Sala ha establecido que el incumplimiento por la entidad de servicios de inversión de sus deberes legales de información hace presumir el error del cliente, los dos motivos de casación parcialmente admitidos deben ser resueltos conjuntamente.

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

1.- La Ley 47/2007, de 19 de 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, que se conocen como normativa MiFID.

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, 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 2 el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

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

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 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 la entidad de servicios de inversión 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, reconoce que no se sabe realmente qué información ofreció.

Además, presupone que los clientes eran conscientes de los riesgos porque su existencia fue recogida en un informe de auditoría referido al ejercicio 2008. Pero, por un lado, no repara en que quien tenía la obligación de informar era la entidad de servicios de inversión y no un tercero; y por otro, 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 los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Información previa que no queda satisfecha por un informe de auditoría posterior en más de un año a la firma de los contratos.

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 la entidad financiera 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 a los clientes 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.

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 al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera, a fin de confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Costas y depósitos.

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

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 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 de casación interpuesto por Extraco S.A., Misturas S.A., Cordo da Aira S.L., Inversiones Prada Román S.L., Inversiones Prada Pérez S.L. y Barja Regueira S.L., contra la sentencia núm. 113/2014, de 31 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 613/2012 . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por NCG Banco S.A. contra la sentencia de 19 de septiembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ourense , en el juicio ordinario núm. 583/2011, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a NCG Banco S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.