

Roj: **STS 1495/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1495**Id Cendoj: **28079110012017100236**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2017**Nº de Recurso: **419/2014**Nº de Resolución: **235/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 16050/2013,**
STS 1495/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2013, dictada en recurso de apelación núm. 197/2012, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1294/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Barcelona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la mercantil Auto Beltrán S.A. representada por la procuradora Dña. Anna Camps Herreros, bajo la dirección letrada de D. Pablo Camprubí Garrido, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. María Lourdes Madrid Sanz en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco de Santander S.A. (anteriormente Banco Español de Crédito S.A.), representado por la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández, bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarret. Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Auto Beltrán S.A., representado por la procuradora Dña. Anna Camps Herreros y asistido del letrado D. Pablo Camprubí Garrido, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos sobre operaciones financieras de fecha 26 de octubre de 2005, 26 de octubre de 2006 y 28 de junio de 2007, concertados por esta parte con Banco Español de Crédito S.A. y acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de mi mandante en las liquidaciones trimestrales y anuales realizadas de acuerdo con los contratos suscritos, más los intereses legales y condenando al demandado al pago de las costas procesales».

2.- El demandado Banco Español de Crédito contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Gloria Ferrer Massanas y bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarreta, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Barcelona se dictó sentencia, con fecha 11 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por Auto Beltrán S.A., representada por la procuradora Sra. Camps Herreros, contra Banco Español de Crédito, S.A., representada por la procuradora sra. Ferrer Massanas, absolviendo en su consecuencia a la demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda; sin expresa condena en costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 7 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por Auto Beltrán S.A., contra la sentencia dictada en fecha 11 de octubre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Barcelona en el juicio ordinario registrado con el núm. 1294/2010 seguido a instancia de Auto Beltrán S.A., contra Banco Español de Crédito S.A., sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia. Y con condena en las costas causadas por el recurso de apelación a la parte recurrente».

TERCERO.- 1.- Por Auto Beltrán S.A. se interpuso recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el art. 477.2.3 de la LEC , basado en el siguiente:

Motivo único.- En base al art. 477.1 de la LEC . Considera esta parte que en la sentencia recurrida los preceptos legales de normas sustantivas infringidos han sido: los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 del Código Civil , los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (reformada por Ley 47/2007 del 19 de diciembre) y los arts. 58 a 74 del Real Decreto 217/2008 del 15 de febrero referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.

También se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal pero no se ha admitido por este **Tribunal Supremo** por resolución indicada en el párrafo posterior.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 30 de noviembre de 2016 , se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir únicamente el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, Banco Santander S.A. y en su nombre y representación la procuradora Dña. Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere Fernández presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 29 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1.- La demanda.

- La demanda se interpone por una sociedad anónima contra el banco (Banco Español de Crédito, hoy Banco de Santander), sobre nulidad por error en el consentimiento.

- Tres contratos firmados el 26 de octubre de 2005, 26 de octubre de 2006 y 28 de junio de 2007.

2.- La sentencia de primera instancia.

Desestimó la demanda. Declaró que la existencia de reuniones junto a la concatenación de contratos permite inferir que hubo información, y el carácter complejo del contrato - descrito en la documentación contractual- hace difícil aceptar que se firmara sin entender.

3.- La sentencia de segunda instancia.

Desestimó el recurso de apelación de la mercantil demandante y confirmó la desestimación de la demanda.

Esta sentencia excluye el error porque:

- La propia demandante, en la demanda, expuso la existencia de varios encuentros con la empleada del banco y la confianza en un banco de prestigio, de lo que cabría inferir que en dichos encuentros se le facilitó información.



- La demandante tiene asesores externos fiscales y contables y no consultó con ellos antes de firmar.
- Aunque se aceptara la existencia de error en el primer contrato, lo lógico era que -ante la sorpresa del resultado negativo del primer swap, reconocida en la demanda- se consultara antes de firmar los posteriores, máxime si como se ha dicho se leyó el contrato pero no se entendió.

4.- El recurso de casación.

Se interpone por la sociedad anónima demandante basado en el interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre:

- La suficiencia de la documentación contractual para entender cumplido el deber de información.
- Nivel de diligencia exigible al cliente.
- Perfil del cliente.
- Nivel de información.

SEGUNDO .- *Hechos probados de la sentencia recurrida* .

Constan como hechos probados en la sentencia de apelación:

«1).- Consta acreditado en las actuaciones, lo que no es objeto de controversia, que las partes firmaron en fecha 26 de octubre de 2005 un contrato sobre operaciones financieras, con fecha de inicio el 28 de octubre de 2005 y fecha de vencimiento el 28 de octubre de 2007. El nominal contratado es de 3.000.000.-€. La única discrepancia entre las partes es en cuanto al director de la oficina Bonanova (Barcelona) que firmó dicho contrato pues la demandante dice en su demanda que fue Doña Tomasa , cosa que ésta negó en la prueba testifical, y que Don Agustín , en dicha prueba testifical, reconoció que fue él el que lo suscribió.

«2).- Mediante correo electrónico de fecha 17 de octubre de 2006, la entonces directora de la Oficina dicha, en la que se suscribió el referido contrato, comunicó a la actora, entre otros extremos, que "con la cobertura que tenemos, se han recibido 83.326,83.-€ y se pagará 117.000.-€. Liquidación neta: 34.000.-€ aprox. en contra de Auto Beltrán. Queremos reestructurar la operación para que salga favorable. De este planteamiento os aconsejaremos la mejor opción".

«3).- En fecha 26 de octubre de 2006 se suscribió por las partes nuevo contrato sobre operaciones financieras con fecha de inicio el 26 de octubre de 2006 y fecha de vencimiento el 27 de octubre de 2011. El nominal contratado es de 4.500.000.-€.

«4).- En fecha 28 de junio de 2007 se volvió a suscribir nuevo contrato sobre operaciones financieras con fecha de inicio el 28 de junio de 2007 y fecha de vencimiento el 28 de junio de 2010. El nominal contratado es de 6.000.000.-€.

«5).- La diferencia esencial entre los contratos consiste en el tipo de interés que toma como referencia, así como los períodos de cálculo.

«6).- En todos los contratos, tras los periodos de cálculo, se especifica, en el primer contrato: Pagador de Tipo Fijo I Cliente, Pagador de Tipo Fijo II Cliente; en el segundo contrato: Pagador de Tipo Fijo Cliente, Pagador de Tipo Variable I Cliente, Pagador de Tipo Variable II Banesto; y en el tercer contrato: Pagador de Tipo Fijo Cliente, Pagador de Tipo Variable I Cliente y Pagador de Tipo Variable II Banesto.

«7).- En todos los contratos, destacado en negrita, consta al final un apartado titulado AVISO IMPORTANTE del que reseñamos del último contrato por cuanto novó las obligaciones relativas a los anteriores, que dice: "Con independencia de lo ya declarado por el Cliente en la Estipulación CUARTA del contrato del que forma parte el presente Anexo, de manera específica manifiesta el Cliente en este acto que es consciente de que: a) En el supuesto de que bajaran los tipos de interés podría ocurrir que el Tipo Fijo aplicable pagado por el Cliente en algún Periodo del Cálculo fuera superior al Tipo Variable II recibido por el Cliente y por tanto el Cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la Operación. b) En el supuesto en que el Tipo Variable de referencia estuviera por encima de la barrera aplicable en algún Periodo de Cálculo, el Cliente dejaría de pagar un tipo fijo y pagaría un tipo variable y por tanto el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de haber contratado una permuta de tipos de interés estándar. c) En el supuesto en que el Cliente acabara pagando el tipo variable en algún Periodo de Cálculo, podría ocurrir éste fuera superior al tipo variable recibido y por tanto el Cliente tendría en ese periodo un coste financiero superior al que tendría si no hubiera contratado esta operación".



»8).- En la ejecución del último contrato se practicaron cinco operaciones contables, de 28 de diciembre de 2007 a 29 de junio de 2009 (anexo núm. 4 del informe pericial judicial, folios 779 y 780), las tres primeras favorables a la actora por importes de 1.372,50.-€, 5.395,84.-€ y 3.033,33.-€ (esta última anotada a mano al no constar fotocopiado íntegro el comunicado de abono), y las siguientes desfavorables por importe de 113.628,67.-€ y 51.809,33.-€.

»Consta en el documento núm. 5 de la demanda un correo enviado por la dirección del banco en que tras la primera liquidación negativa le informaban de que "queremos reestructurar la operación para que salga favorable"».

TERCERO .- *Motivo único. En base al art. 477.1 de la LEC . Considera esta parte que en la sentencia recurrida los preceptos legales de normas sustantivas infringidos han sido: los arts. 7, 1255, 1256, 1258, 1265 y 1266 del Código Civil, los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (reformada por Ley 47/2007 del 19 de diciembre) y los arts. 58 a 74 del Real Decreto 217/2008 del 15 de febrero referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.*

Se estima el motivo.

Motiva el recurrente:

« **PRIMERO** - Como hemos anunciado, el recurso de casación se fundamenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la presente cuestión.

»Concretamente citamos como contradictorias las sentencias que adjuntamos al presente escrito como Documentos 2 y 3, sentencias de fechas 10 de enero de 2012 y 26 de enero de 2012 correspondientes a la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Badajoz, como Documentos 4 y 5 sentencias de fechas 29 de mayo de 2012 y 19 de julio de 2012 correspondientes a la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona; y frente a ellas, citamos como sentencias contradictorias, la sentencia recurrida y como Documentos 6 y 7 sentencias de fechas 12 de Diciembre de 2011 y 27 de Septiembre de 2012 correspondientes a la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

»Existen muchas más sentencias en el mismo sentido que las indicadas en primer orden. Dichas sentencias las citamos a mayor abundancia por guardar las mismas contradicciones con la recurrida y las citadas en último lugar. Entre esta cabe destacar las siguientes: Audiencia Provincial de Barcelona Sección 1 Sent. 13/12/2011 y 16/12/2010, Sección 15 Sent. 19/04/2012 y 20/09/2012, Audiencia Provincial de Madrid Sección 13 Sent. 14/02/2012, Sección 24 Sent. 20/10/2011, Sección 11 Sent. 28/01/2013, Sección 9 Sent. 24/09/2012, Sección 18 Sent. 06/07/2011, Sección 19 Sent. 11/05/2012, Audiencia Provincial de Burgos Sección 3 Sentencias 445 y 486, Audiencia Provincial de León Sección 2 Sent. 17/05/2011, Audiencia Provincial de Álava Sent. 217/2011, Audiencia Provincial de Bizkaia Sent. 690/2010 ».

CUARTO .- *Causas de inadmisibilidad.*

La parte recurrida alega inadmisibilidad de la casación, lo que debe rechazarse, dado que:

- a) No se pretende convertir a este tribunal en una tercera instancia, dado que en el recurso de casación no se argumentan cuestiones fácticas.
- b) Se indica con claridad la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, con expresión de cuál se postula.
- c) Se invocan con transparencia los preceptos que se pretenden infringidos.
- d) Se reconoce que el eje del recurso es la ausencia de información necesaria, como base de la excusabilidad del error.

QUINTO .- *Análisis de los contratos.*

De la redacción de las cláusulas antes transcritas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo, máxime cuando el propio banco alega que se trataba de «una cobertura ante subidas de los tipos de interés» (folio 7 de la sentencia recurrida) (folio 10 de la contestación a la demanda).

Examinado el contrato no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.



La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección a la persona jurídica pues la diatriba no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o minorista.

La excusabilidad del error queda acrecentada dado que no se entregó previamente documentación alguna, si bien hubo numerosas conversaciones a instancia de la dirección del banco. Tras la primera liquidación negativa le indicó el banco que «queremos reestructurar la operación para que salga favorable» (Doc. 5 de la demanda).

La existencia de unos denominados escenarios en el contrato, antes transcritos, no dota de transparencia al contrato pues pecan de igual oscuridad que el resto del clausulado, no aclarado mediante unas convenientes simulaciones que no se efectuaron.

SEXTO .- *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, 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».

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 ; 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.

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 los clientes tuvieran 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.

OCTAVO .- *Encadenamiento de contratos. Confirmación del negocio jurídico.*

Se mantiene en la sentencia recurrida que los sucesivos contratos concertados evidencian la inexcusabilidad del error, máxime cuando en el primero de ellos se produjo una liquidación negativa de 117.000 euros.

Esta sala en sentencia 107/2017, de 17 de febrero , declaró:



«La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, ha sido compendiada en la reciente sentencia 691/2016, de 23 de noviembre .

»En esta sentencia, se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero , y 503/2016, de 19 de julio :

»"Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1 , 1.310 , 1.311 y 1.313 CC "».

A la luz de esta doctrina debemos declarar:

1. En el primero de los swap se ofreció «una cobertura ante subidas de los tipos de interés», explicación netamente desviada y desinformante.
2. Tras la primera liquidación negativa le indicó el banco que «queremos reestructurar la operación para que salga favorable», es decir, de la existencia de una liquidación negativa no puede pretenderse que el demandante advirtiese su error inicial, dado que el banco le siguió ocultando la verdadera naturaleza del swap, que tiene una naturaleza eminentemente aleatoria, todo lo cual nos lleva a declarar la concurrencia de un error excusable en la demandante.

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 los demandantes contra la sentencia de primera instancia, que se revoca, a fin de estimar la demanda.

Por lo expuesto declaramos la nulidad de los contratos de operaciones financieras de 28 de octubre de 2005, 26 de octubre de 2006 y 28 de junio de 2007, acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de la parte actora, en las liquidaciones trimestrales y anuales, realizadas de acuerdo con los contratos mencionados, más los intereses legales desde su respectivo cargo o abono.

NOVENO .- Costas.

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia (art. 394 y 398 LEC).

No procede expreso pronunciamiento en las costas de la segunda instancia.

No se imponen las costas de la casación, acordándose la devolución del depósito para recurrir.

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 Auto Beltrán S.A. contra sentencia de siete de noviembre de 2013, apelación núm. 197/2012, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona . 2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de estimar la demanda interpuesta por Auto Beltrán S.A., declarando



la nulidad de los contratos de operaciones financieras de 28 de octubre de 2005, 26 de octubre de 2006 y 28 de junio de 2007, acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de la parte actora, en las liquidaciones trimestrales y anuales, realizadas de acuerdo con los contratos mencionados, más los intereses legales desde su respectivo cargo o abono. **3.º**- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia. **4.º**- No procede expreso pronunciamiento en las costas de la segunda instancia. **5.º**- No se imponen las costas de la casación, acordándose la devolución del depósito para recurrir. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ