



Roj: **STS 649/2018 - ECLI:ES:TS:2018:649**

Id Cendoj: **28079110012018100101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/03/2018**

Nº de Recurso: **1932/2015**

Nº de Resolución: **107/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 3901/2015,**
STS 649/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 107/2018

Fecha de sentencia: 01/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1932/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1932/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 107/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 1 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2015, dictada en recurso de apelación 1837/2015, de la sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante de autos de juicio ordinario 206/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Dos Hermanas; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Andaoliva S.L., representada en las instancias por la procuradora D^{ña}. Ana Junguito Carrión, bajo la dirección letrada de D^{ña}. Tania García Sierra, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora D^{ña}. Paloma Izquierdo Labrada en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad mercantil Banco de Santander, representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad Andaoliva S.L. representada por la procuradora D^{ña}. Ana María Junguito Carrión y bajo la dirección letrada de D^{ña}. Tania García Sierra, interpuso demanda de juicio ordinario, en ejercicio de acción de nulidad de contratos sobre operaciones financieras y restitución patrimonial de las cantidades satisfechas, contra la mercantil Banco Santander Central Hispano S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se estime íntegramente la presente demanda y se:

»I. Decrete la nulidad del contrato de suscripción de los contratos de swap bonificado reversible media de fecha 15/03/2007, la cancelación anticipada del mismo y consiguiente contratación de swap flotante bonificado de fecha 02/04/2008, del contrato de suscripción del swap ligado a la inflación de fecha 09/07/2008 y la operación de cancelación anticipada del mismo.

»II. Se condene a la entidad demandada a abonar a mi mandante la cantidad resultante de la liquidación y restitución recíproca de las contraprestaciones.

»III. Condene a Banco Santander al pago de los intereses legales de la suma que se determine suma desde la fecha del emplazamiento y hasta su cumplido pago, por vulneración de la normativa imperativa al amparo del artículo 6.3 del Código Civil .

»IV. Subsidiariamente, y para el caso de no ser admitido lo anterior, se decree la nulidad de pleno derecho de los contratos de swap bonificado reversible media de fecha 15/03/2007, la cancelación anticipada del mismo y consiguiente contratación de swap flotante bonificado de fecha 02/04/2008, del contrato de suscripción del swap ligado a la inflación de fecha 09/07/2008 y la operación de cancelación anticipada del mismo, por la concurrencia de un error obstativo en el consentimiento.

»V. Se condene a la entidad demandada a abonar a mi mandante la cantidad resultante de la liquidación y restitución recíproca de las contraprestaciones.

»VI. Condene a Banco Santander al pago de los intereses legales de la suma que se determine suma desde la fecha del emplazamiento y hasta su cumplido pago.

»VII. Y sea cual fuere la acción que resultare estimada, se condene a Banco Santander al pago de las costas que se causaren en este procedimiento.

»Y con lo demás a que hubiere lugar, ordenando cuanto necesario fuere para ello, en recta Justicia que respetuosamente pido».

2.- El demandado Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Manuel Terrades Martínez del Hoyo, contestó a la demanda 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 la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Dos Hermanas se dictó sentencia, con fecha 5 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo. Que estimando íntegramente la demanda formulada por el procurador de los tribunales Sra. Junguito Carrión, en nombre y representación de Andaoliva S.L. contra BSCH y debo:

»1.- Declarar y declaro nulos los contratos de gestión de riesgos financieros suscritos por las partes en fecha 15/03/2007, 02/04/2008 y 09/07/2008, con todos los efectos inherentes a tal declaración, según lo expuesto en la presente resolución debiendo la parte demandada abonar a la actora la cantidad resultante de la liquidación con la consiguiente restitución recíproca de las contraprestaciones e intereses en virtud de dichas operaciones.

»2.- Se condena en costas a la entidad demandada».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, Banco de Santander S.A., la sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 12 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada pro el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Dos Hermanas en el juicio ordinario núm 206/14 con fecha 5 de noviembre de 2014, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar con desestimación de la demanda formulada por la representación procesal de Andaoliva S.L. contra Banco de Santander S.A. debemos absolver a dicha demandada de todos los pedimentos formulados contra ella en dicha demanda, con imposición a la actora de las costas causadas en primera instancia, todo ello sin hacer condena en las costas causadas en esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por Andaoliva S.L. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo.- Infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del Código Civil en relación con los arts. 78 , 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores , el resto de la normativa bancaria aplicable y la jurisprudencia que los interpreta. Deber de información, error en el consentimiento.

Segundo motivo.- Infracción legal por aplicación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del Código Civil en relación con el art. 78 , 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de fecha 21 de noviembre de 2012 , 20 de enero de 2014 , 7 de julio de 2014 , 8 de julio de 2014 y 26 de febrero de 2015 . Existencia de error en el consentimiento.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de octubre de 2017 , se acordó admitir el recurso 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 el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., 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 13 de febrero de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

1.- La demanda.

- Se formula por una sociedad limitada frente al banco (Banco de Santander), instando la nulidad de 3 confirmaciones de swap suscritas el 15 de marzo de 2007, 2 de abril de 2008 y 9 de julio de 2008) por error vicio del consentimiento (también se planteó la nulidad absoluta derivada de infracción de norma imperativa, pero este tema no se trae a casación).

2.- La sentencia de primera instancia. Estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos por error vicio.

En esta sentencia consta como FDD cuarto lo siguiente:

« **CUARTO.-** De las pruebas practicadas no cabe más que concluir que el actor desconocía el tipo de producto financiero que firmaba con la entidad.

»Prueba de ello es que los tres contratos carecían de función de cobertura y en cuya creencia el actor los firmó.

»Ninguna operación de este tipo o similar se contrató antes con la entidad, sino que vino al hilo de un préstamo personal que el administrador de la sociedad actora y su esposa solicitaron antes de negociar la sociedad con la entidad demandada productos financieros de ningún tipo.



»Así lo puso de manifiesto el Sr. Jose Pedro en el acto del juicio señalando que las pólizas de crédito contratadas por él y por su esposa eran destinadas para su consumo personal, por lo que no pretendían vincular ese endeudamiento personal con la sociedad que administraba.

»Que fue el entonces director de la sucursal el que le dijo que los swaps desempeñaban una funciones de cobertura o seguro sin los que no era posible acceder a la concesión de la financiación personal solicitada.

»Esto hizo que el actor firmara tres derivados financieros que no había solicitado y cuyas fluctuaciones y riesgos desconocía.

»Prueba de ello es que no consta acreditado que se le hiciera al actor con carácter previo un test de idoneidad, sino que se limitó a firmarlos junto a toda la documentación que se le presentó a la firma sin someterse expresamente al cuestionario, pregunta por pregunta, a fin de dar las explicaciones precisas.

»Es por ello por lo que niega la autoría de la letra. Así merece destacar un dato muy significativo y es que se consigna como antigüedad de la empresa un tiempo muy superior a la real y efectiva, tiempo que lleva como cliente de la entidad y oferta de la información sobre swap, gastos de inflación, funcionamiento y riesgos del producto.

»Por su parte el administrador de Andaoliva carece de formación para conocer la complejidad que lleva aparejada estos productos al contar con estudios básicos y no contaba con asesoramiento financiero.

»No tuvo en cuenta la demandada la idoneidad del producto ofertado a las necesidades del demandante, según su histórico y habida cuenta de su falta de formación financiera.

»Ténganse en cuenta, que la nota característica de este tipo de contratos es la aleatoriedad donde las prestaciones recíprocas de las partes vienen determinadas por la evolución del euribor, la información sobre la futura variación del euribor y por consiguiente de las prestaciones que derivarían del contrato litigioso, a la que tiene acceso la entidad demandada, es infinitamente mayor y más precisa, que la que dispone la actora, máxime, cuando ésta depende exclusivamente de la fuente de información de la entidad demandada y presenta las deficiencias que ya han quedado expuestas.

»Es por ello por lo que se puede llegar a la conclusión de que el actor desconocía las características del producto financiero firmado y de sus consecuencias, invalidantes de su consentimiento».

3.- La sentencia de segunda instancia. Estimó el recurso de apelación del banco demandado y desestimó la demanda.

- Esta sentencia, en lo esencial, excluyó el error tomando en consideración que no es creíble que en el espacio temporal de la firma de tres contratos, con liquidaciones positivas y negativas y cancelaciones el demandante sufriera error, y haya esperado a la consumación del último de ellos para demandar, y en todo caso el error no sería excusable puesto que ha tenido tiempo suficiente para darse cuenta de lo que firmaba.

En el FDD segundo de esta sentencia de la Audiencia Provincial consta:

«...sino que este tribunal, ...,no considera probado que haya existido dicho error o vicio en el consentimiento, o por lo menos que no fuera vencible en tan largo período y por consecuencia no podemos declarar nulo por dicha causa los contratos suscritos hace tanto tiempo y totalmente liquidados y consumados, pues la parte actora tuvo tiempo más que suficiente para darse cuenta de lo que firmaba y la naturaleza de los contratos que celebraba, siendo contrario a la buena fe alegar de forma tan extemporánea que no sabía lo que contrataba, llegando a la conclusión este Tribunal, que el administrador de la actora contrató con plena capacidad y conocimiento de lo que contrataba y por ello lo aceptó y cumplió sin reproche alguno durante tantos años.

»Así pues, debemos estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta, al no estar acreditado vicio alguno de consentimiento en ninguno de los contratos celebrados».

SEGUNDO .- Contratos .

1.- «Swap bonificado reversible media» de 15 de marzo de 2007 en el que constaba:

«Los flujos de la presente operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un Cap Medio Trimestral con Knock-In. El importe de la prima de la opción Cap vendida por el cliente se aplica a reducir el tipo fijo de la operación.

»Fecha de la Operación:15/03/2007

»Fecha de Inicio:

»Fecha de Vencimiento: »Importe Nominal:



26/03/2007

26/03/2009 EUR 150.000,00»

2.- Swap Flotante Bonificado de 2 de abril de 2008, en el que constaba:

« Sres. nuestros:

»El objeto de este documento es, acordar la cancelación de una/s Operación/es de Permuta Financiera de Tipos de Interés contratada/s en el pasado y simultáneamente confirmar los términos y condiciones de una nueva operación acordada entre las partes. Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, siendo la contratación de la nueva operación condición necesaria para la cancelación de la/s operación/es existente/s".

»Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, más la venta de una opción floor con barrera knock in por parte del Cliente más la compra de una opción cap por parte del Cliente".

3.- Swap ligado a la inflación de 9 de julio de 2008, en el que constaba:

«Conocimiento de los riesgos de la Operación.

»Las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta Operación, y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos.

»Rogamos a Vds. que, en prueba de conformidad con los términos de esta Operación, nos devuelvan debidamente firmado por personas con poder suficiente, la copia que del presente escrito les adjuntamos.

»El Cliente reconoce que la presente Operación queda enmarcada en el ámbito del servicio de asesoramiento por el Banco Santander y se basa en el resultado positivo de la evaluación de la idoneidad realizada por el mismo de forma implícita en la Propuesta de Inversión (Term Sheet) puesta a su disposición con anterioridad, donde se han valorado sus objetivos de inversión, y en su caso, sus conocimientos y experiencia y su situación financiera».

TERCERO .- *Motivos uno y dos.*

1.- Primer motivo.- Infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del Código Civil en relación con los arts. 78 , 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores , el resto de la normativa bancaria aplicable y la jurisprudencia que los interpreta. Deber de información, error en el consentimiento.

2.- Segundo motivo.- Infracción legal por aplicación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del Código Civil en relación con el art. 78 , 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de fecha 21 de noviembre de 2012 , 20 de enero de 2014 , 7 de julio de 2014 , 8 de julio de 2014 y 26 de febrero de 2015 . Existencia de error en el consentimiento.

CUARTO.- *C ausas de inadmisibilidad.*

Deben rechazarse dado que:

1.º- En el recurso se expresan con claridad los preceptos infringidos.

2.º- Se desarrolla en cada motivo la causa de la infracción, si bien con innecesaria extensión.

3.º- Con claridad se expresa la doctrina jurisprudencial que se pretende, que con posterioridad al recurso se ha visto ratificada en diversas sentencias que luego se citarán.

4.º- No se pretende la variación de los hechos probados, sino el análisis de los preceptos infringidos en relación con la obligación legal de facilitar información completa a los inversores minoristas.

QUINTO .- *Decisión de la sala .*

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

De la redacción de las cláusulas 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.



Examinados los contratos 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 al empresario pues la disyuntiva no es **consumidor** o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

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, 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».

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 385/2014, 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.

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 euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del pleno de esta sala 1.ª, 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.

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, (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

OCTAVO .- En la sentencia recurrida se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada dado que:

1. En los test de idoneidad y conveniencia efectuados, se deduce el perfil de inversor moderado.
2. Su experiencia no pasaba de depósitos y fondos de inversión.
3. En la sentencia del juzgado se declara la falta de formación en productos complejos del administrador de la sociedad y que no se le formuló el cuestionario de los test, sino que se le pusieron a la firma, aspectos estos no discutidos en la sentencia de apelación ni contradichos.

NOVENO .- *Error vicio y encadenamiento de los contratos de swap* .



En cuanto al encadenamiento de los contratos, derivado de la previa existencia de un contrato de swap, debemos declarar que los tres forman parte de un único negocio jurídico, en cuanto la extinción pactada del primero, fue un antecedente necesario para la contratación del segundo, y así sucesivamente según negociaron las partes, no pudiendo derivarse del encadenamiento la prueba de la inexistencia de error, sin más.

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 "».

En base a lo declarado procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Dos Hermanas, procedimiento ordinario 206/2014.

DÉCIMO .- Costas.

No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se mantiene la imposición a la demandada de las costas de la primera instancia, y con expreso pronunciamiento en las de apelación al Banco.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Andaoliva S.L., contra sentencia de 12 de mayo de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 1837/2015, de la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla .

2.º- Casar la sentencia recurrida, y, asumiendo la instancia, confirmamos la sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Dos Hermanas, procedimiento ordinario 206/2014.

3.º- No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir.

4.º- Se mantiene la imposición a la demandada de las costas de la primera instancia y con expreso pronunciamiento en las de apelación al Banco.

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