



Roj: **STS 3240/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3240**

Id Cendoj: **28079110012018100513**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2018**

Nº de Recurso: **3317/2015**

Nº de Resolución: **523/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8019/2015,**
STS 3240/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 523/2018

Fecha de sentencia: 24/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3317/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3317/2015

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 523/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

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 24 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos contra la sentencia de fecha 28 de julio de 2015, dictada en recurso de apelación 96/2013, de la sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario 1142/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 54 de Barcelona; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Cap Davantera S.L., representado en las instancias y ante este tribunal por el procurador D. Javier Segura Zariquiey, bajo la dirección letrada de Dña. Silvia Solera Espín y Dña. Paula Villuendas Gracia, compareciendo ante este tribunal en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoó, bajo la dirección letrada de D. Santiago García Carrillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Cap Davantera S.L., representada por el procurador D. Javier Segura Zariquiey y dirigida por la letrada Dña. Silvia Solera Espín, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

«a) Declare:

»1) La nulidad del contrato de permuta financiera suscrito entre las partes en fecha 8 de mayo de 2008.

»2) La obligación de la demandada de devolver a mi principal todas las liquidaciones que le han sido abonadas con motivo del contrato de permuta financiera, desde la suscripción del mismo, esto es, la suma de setenta y seis mil euros con diecisiete céntimos (76.000,17.-?), así como los intereses correspondientes desde la interposición de la presente demanda.

»3) La obligación de la demandada de devolver a mi principal el importe correspondiente al coste de cancelación del contrato de permuta financiera, esto es, la suma de un millón trescientos sesenta y cuatro mil trescientos ochenta y cuatro euros (1.364,384.-?), así como los intereses correspondientes desde la interposición de la presente demanda.

»b) Condene a la demandada a:

»1) Estar y pasar por las anteriores declaraciones.

»2) Devolver a mi principal todas las liquidaciones que le han sido abonadas con motivo del contrato de permuta financiera, desde la suscripción del mismo, esto es, la suma de setenta y seis mil euros con diecisiete céntimos (76.000,17.-?), así como los intereses correspondientes desde la interposición de la presente demanda.

»3) Devolver a mi principal el importe correspondiente al coste de cancelación del contrato de permuta financiera, esto es, la suma de un millón trescientos sesenta y cuatro mil trescientos ochenta y cuatro euros (1364,384.-?), así como los intereses correspondientes desde la interposición de la presente demanda.

»4) Al pago de las costas causadas».

2.- El demandado Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Ildefonso Lago Pérez y bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarreta, 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 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 54 de Barcelona se dictó sentencia, con fecha 16 de octubre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Cap Davantera S.L., representada en juicio por el procurador D/Dña. Javier Segura Zariquiey, y defendida por el letrado D/Dña. Paula Villuendas Gracia, contra Banco de Santander S.A.

»No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas».



Y en fecha 8 de noviembre de 2012 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva acuerda:

«Se procede a rectificar la sentencia dictada con fecha 16 de octubre de 2012 en el presente procedimiento, y en donde dice "contra ella cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Audiencia Provincial en el plazo de cinco días", debe decir "contra ella cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días"».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 28 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Cap Davantera S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 54 de los de Barcelona dictada en fecha 16 de octubre de 2012 y rectificada por auto de 8 de noviembre de 2012, la cual se confirma, imponiendo las costas de esta alzada a la apelante».

TERCERO.- 1.- Por Cap Davantera S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469, 1.4.º LEC, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y . 2 de la Constitución, por infracción del art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la valoración de las presunciones, al regular la prueba de presunción en el proceso civil, ocasionándole efectiva indefensión.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469, 1.2.º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 217.1 y . 2 de la misma ley, sobre la carga de la prueba de la existencia de error vicio de consentimiento en la contratación, ocasionando a la parte efectiva indefensión.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 469, 1.4.º LEC, por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y . 2 de la Constitución Española, por infracción procesal en relación con la valoración de la prueba, sobre la valoración de la prueba que resulte ser arbitraria o ilógica.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 Código Civil en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60, 62, 64 y 72 a 74 del RD 217/2008, aplicados como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, y la jurisprudencia que los interpreta. La resolución impugnada infringe el art. 1266 del Código Civil en tanto en cuanto, para determinar si procede la nulidad del contrato por error en el consentimiento previsto, hay que analizar si la entidad financiera, con carácter previo a la contratación, ha cumplido cada uno de los deberes informativos y obligaciones previas que le impone la normativa aplicable, efectuando un análisis pormenorizado de cada una de las exigencias normativas. Por el contrario, la sentencia recurrida no examina si la entidad financiera ha cumplido o no sus obligaciones.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 Código Civil en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60, 62, 64 y 72 a 74 del RD 217/2008, aplicados como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, y la jurisprudencia que los interpreta. La normativa impone a la entidad financiera el deber de facilitar la información precontractual necesaria para que el cliente pueda tomar una decisión con conocimiento de causa. Este deber fundamental corresponde a la entidad bancaria, sin que pueda delegarlo en un tercero. La información del producto le corresponde dispensarla a la entidad financiera, por lo que no puede eludir este deber informativo responsabilizando al cliente de obtener ese asesoramiento de un tercero. En consecuencia, la sentencia recurrida, al considerar que el error padecido por mi mandante no puede considerarse excusable porque podía contar con asesoramiento externo, infringe el art. 1266 del Código Civil en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60, 62, 64 del RD 217/2008.

Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1265 y 1266 Código Civil como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60, 62, 64 y 72 a 74 del RD 217/2008, aplicados como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, y la jurisprudencia que los interpreta. Los arts. 79 bis LMV y 64 RD 217/2008, cuando aluden a la información que tiene que proporcionar la entidad bancaria al cliente, establece que deberá hacerse especial 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. Es más, la norma va más allá y establece de forma expresa que esta información sobre los



riesgos deberá ir acompañada de ejemplos y escenarios, junto con las explicaciones necesarias. Por lo tanto, la propia norma dispone que no es suficiente una mera advertencia en el contrato, sino que la información de los riesgos exige previsiones y ejemplos acompañados de las correspondientes explicaciones. En consecuencia, la sentencia recurrida, al considerar que la lectura del contrato es suficiente para que el cliente esté informado de estas cuestiones, infringe el art. 1266 del Código Civil en relación con el art. 79 bis LMV y los arts. 60 , 62 , y 64 del RD 217/2008 , así como de la jurisprudencia que los interpreta.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción del art. 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con los arts. 79 bis LMV y 72 y 73 RD 217/2008 , y la jurisprudencia que los interpreta. Estos artículos obligan a las entidades financieras antes de la contratación a solicitar información previa y suficiente al cliente para conocer su situación financiera en aquél momento, sus necesidades específicas, sus objetivos específicos, con el objeto de que el contrato se amolde realmente a las necesidades del cliente y se adecue al riesgo que está dispuesto a asumir. Esta normativa y la jurisprudencia que la interpreta es taxativa al establecer que no basta con presumir que el cliente tenía conocimientos bastantes para conocer el alcance del producto, no basta con hacer suposiciones sobre el perfil o las necesidades del cliente o limitarse a recopilar información económica, sino que es obligatorio pedir información específica al cliente antes de comercializar el producto a fin de poder evaluar si los productos que le van a ofrecer, son idóneos o adecuados para él. Es más, el art. 79 bis LMV establece en su apartado 5.º que a la entidad financiera le corresponde asegurarse de que dispone de toda la información necesaria sobre sus clientes. Igualmente, los arts. 72 y 73 RD 217/2008 establecen la obligación de las entidades financieras de realizar a sus clientes sendos test de idoneidad y conveniencia a fin de determinar su perfil. Por ello, la sentencia recurrida al considerar que por el hecho de que el cliente sea empresario o tenga suscritos varios derivados financieros previos se ha dado cumplimiento a estas obligaciones de la entidad financiera, infringen los arts. 79 bis LMV y 72 y 73 RD 217/2008 , así como la jurisprudencia que lo interpreta.

Motivo quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción del art. 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el art. 79 y 79 bis LMV, y la jurisprudencia que los interpreta. De conformidad con esta normativa y la jurisprudencia que lo interpreta, el Banco tiene la obligación de informar al cliente antes de la contratación de todos los gastos y costes asociados al producto. Ello obliga a la entidad a informar adecuadamente del coste de cancelación del producto, para que el cliente antes de contratar pueda conocer todas sus implicaciones. Dicha información exige hacer ejemplos prácticos a modo de simulación a fin de que el cliente pueda conocer mínimamente los costes económicos que puede acarrearle la cancelación del producto. Existen numerosas sentencias en las que se declara la nulidad de los derivados financieros por falta de información suficiente y detallada sobre el coste de cancelación, debiendo ir acompañada de las explicaciones y ejemplos oportunos para que el cliente pueda conocer todos los riesgos e implicaciones del producto que contrata. Por ello, entendemos que la sentencia recurrida infringe la normativa citada y la jurisprudencia de aplicación en la medida en que afirma que el cálculo del coste de cancelación viene previsto en el CMOF, por lo que la falta de información sobre el mismo no invalida el consentimiento de mi representada.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de abril de 2018 , se acordó admitir los recursos interpuestos, extraordinario por infracción procesal y de casación, 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 Feijoó, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición a los mismos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1.- La demanda.

La demanda se interpone por una sociedad limitada frente al banco (Banco Santander S.A.).

Se solicita la nulidad de un contrato de swap, por error vicio, suscrito el 8 de mayo de 2008. (También se alegó falta de causa, la inadecuación del producto, la nulidad por infracción de norma imperativa, el desequilibrio de posiciones y dolo, pero estos temas no acceden a casación).

2.- La sentencia de primera instancia.



Desestimó la demanda. Excluyó la existencia de error sobre los siguientes elementos:

- i) No se hizo test de idoneidad, pero el banco conocía la situación de la empresa para valorar la adecuación del producto, además no consta que el banco prestara asesoramiento.
- ii) El proceso de negociación duró un mes, hubo entrega de documentación e información oral y durante ese tiempo hubo reuniones y se negociaron condiciones.
- iii) La mercantil demandante no es consumidora, es una importante empresa en el ámbito inmobiliario que forma parte de un grupo de empresas que se autocalifica de líder en el sector inmobiliario y que añade que garantiza el máximo asesoramiento en materia arquitectónica, jurídica y económica (en económica debe entenderse incluido el ámbito el financiero).
- iv) Su representante legal es una persona de dilatada experiencia profesional y comercial, administrador de 11 empresas, alguna dedicada al asesoramiento económico en materia inmobiliaria, que en su día fue candidato a dirigir el FC Barcelona.
- v) Además, estuvo asesorado de persona licenciada en económicas, con cursos en la Business School y también intervino otra persona licenciada en ESADE, ADE y MBA, colaborador del departamento de fianzas de ESADE, profesional especializado en materia financiera; también candidato a presidente del FC Barcelona.
- vi) Resulta difícil creer que se firmara una operación de 14 millones de euros a ciegas.
- vii) Hubo varias reuniones y se presentó el producto.
- viii) Los documentos contractuales incluyen información; con escenarios de los que deriva una posible pérdida de 100.000 euros.
- ix) Se estaba en condiciones de poder valorar el coste de cancelación y en el año 2009 se llegó a un acuerdo de cancelación que se aceptó.
- x) La cláusula sobre el riesgo difícilmente pudo pasar desapercibida.
- xi) La aceptación del coste de cancelación con la solicitud de un préstamo para su pago y la continuidad en el pago de ese préstamo implica la confirmación.
- xii) Puede ser considerado cliente profesional.

3.- La sentencia de segunda instancia.

Desestimó el recurso de apelación de la mercantil demandante.

En esta sentencia se dice:

1. Que debe desestimarse el recurso «mostrando esta sala conformidad con las valoraciones y el criterio de la resolución apelada».
2. No se examina el alcance de la información recibida.
3. Considera suficiente que hubo reuniones, que se le facilitara un anexo con escenarios de funcionamiento y el contenido del contrato, y tiene en cuenta que el representante legal estaba asesorado por el contable y por su cuñado, licenciado en económicas y con estudios en Business School.

SEGUNDO .- Causas de inadmisibilidad de los dos recursos.

- 1.- No concurre falta de respeto a los hechos probados sino una interpretación alternativa de los mismos, basada en una apreciación errónea.
- 2.- No concurre una invocación heterogénea de preceptos, sino una argumentación relacionada de los mismos.
- 3.- Está claro el interés casacional, dada la doctrina que emana del pleno de esta sala, que la propia recurrida cita.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO .- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Al amparo del art. 469, 1.4.º LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y . 2 de la Constitución , por infracción del art. 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sobre la valoración de las presunciones, al regular la prueba de presunción en el proceso civil, ocasionándole efectiva indefensión.

CUARTO .- *Decisión de la sala. Presunciones .*

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida no se presume que la sociedad demandante recibiese información sobre el producto a contratar, sino que lo declara probado, en base a la prueba documental precontractual aportada, que en el contrato se indicaron de escenarios, unido a un proceso no breve de negociación contractual, unido a que la demandante contaba con asesoramiento de su director financiero y de su cuñado (MBA por ESADE y colaborador del departamento de finanzas de ESADE). El asesoramiento por el cuñado del representante legal de la demandante se deduce de lo planteado por el propio demandante, por lo que siendo un hecho reconocido no era necesaria su declaración como testigo. Por todo ello, no se produce infracción del art. 386 LEC .

QUINTO .- *Motivo segundo.*

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469, 1.2.º LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del art. 217.1 y 2 de la misma ley , sobre la carga de la prueba de la existencia de error vicio de consentimiento en la contratación, ocasionando a la parte efectiva indefensión.

Por otro lado, entiende el recurrente que «en el presente caso se ha hecho una aplicación absolutamente errónea de la carga de la prueba (art. 217 LEC), ya que es notorio que en estos casos, la carga de la prueba conforme se ha suministrado al cliente la información necesaria para que pueda formarse un conocimiento cabal de aquello que contrata corresponde a la entidad financiera ya que, en caso contrario, sería una prueba diabólica».

SEXTO .- *Decisión de la sala. Carga de la prueba.*

Se desestima el motivo.

No se ha infringido por el tribunal de apelación el art. 217 LEC , en cuanto no se hace gravitar la prueba del cumplimiento de la obligación de información en el demandante, sino que se declara que ha quedado probado por prueba directa que se cumplió la obligación de información, dada la documental existente, las declaraciones practicadas y el propio reconocimiento de hechos de la parte demandante.

SÉPTIMO .- *Motivo tercero.*

Motivo tercero.- Al amparo del art. 469, 1.4.º LEC , por vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española , por infracción procesal en relación con la valoración de la prueba.

Considera la recurrente que «La sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ha dictado un fallo judicial sobre la base de una errónea valoración de la prueba, que incurre en ilógica e irrazonable, dicho sea con los debidos respetos».

OCTAVO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

De acuerdo con el art. 24 de la Constitución , debe rechazarse la concurrencia de un error notorio en la valoración de la prueba, dado que las conclusiones a las que llega la Audiencia Provincial son razonables y consistentes, a la vista de las negociaciones previas existentes, las declaraciones de las partes, la documental aportada, el asesoramiento interno y externo con que contó, debiendo concluirse con que el contrato de swap firmado se correspondía sustancialmente en el nocional (14.000.000 de euros) con el capital objeto de préstamos hipotecarios con el banco demandado.

Recurso de casación.

NOVENO .- *Motivos uno a cinco.*

1.- Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 Código Civil en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60, 62, 64 y 72 a 74 del RD 217/2008 , aplicados como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, y la jurisprudencia que los interpreta. La resolución impugnada infringe el art. 1266 del Código Civil en tanto en cuanto, para determinar si procede la nulidad del contrato por error en el consentimiento previsto, hay que analizar si la entidad financiera, con carácter previo a la contratación, ha cumplido cada uno de los deberes informativos y obligaciones previas que le impone la normativa aplicable, efectuando un análisis pormenorizado de cada una de las exigencias normativas. Por el contrario, la sentencia recurrida no examina si la entidad financiera ha cumplido o no sus obligaciones.

2.- Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 Código Civil en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60, 62, 64 y 72 a 74 del RD 217/2008 , aplicados



como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, y la jurisprudencia que los interpreta. La normativa impone a la entidad financiera el deber de facilitar la información precontractual necesaria para que el cliente pueda tomar una decisión con conocimiento de causa. Este deber fundamental corresponde a la entidad bancaria, sin que pueda delegarlo en un tercero. La información del producto le corresponde dispensarla a la entidad financiera, por lo que no puede eludir este deber informativo responsabilizando al cliente de obtener ese asesoramiento de un tercero. En consecuencia, la sentencia recurrida, al considerar que el error padecido por mi mandante no puede considerarse excusable porque podía contar con asesoramiento externo, infringe el art. 1266 del Código Civil en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60 , 62 , 64 del RD 217/2008 .

3.- Motivo tercero. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 Código Civil como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso en relación con los arts. 79 y 79 bis LMV y los arts. 60 , 62 , 64 y 72 a 74 del RD 217/2008 , aplicados como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, y la jurisprudencia que los interpreta. Los arts. 79 bis LMV y 64 RD 217/2008 , cuando aluden a la información que tiene que proporcionar la entidad bancaria al cliente, establece que deberá hacerse especial 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. Es más, la norma va más allá y establece de forma expresa que esta información sobre los riesgos deberá ir acompañada de ejemplos y escenarios, junto con las explicaciones necesarias. Por lo tanto, la propia norma dispone que no es suficiente una mera advertencia en el contrato, sino que la información de los riesgos exige previsiones y ejemplos acompañados de las correspondientes explicaciones. En consecuencia, la sentencia recurrida, al considerar que la lectura del contrato es suficiente para que el cliente esté informado de estas cuestiones, infringe el art. 1266 del Código Civil en relación con el art. 79 bis LMV y los arts. 60 , 62 , y 64 del RD 217/2008 , así como de la jurisprudencia que los interpreta.

4.- Motivo cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción del art. 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con los arts. 79 bis LMV y 72 y 73 RD 217/2008 , y la jurisprudencia que los interpreta. Estos artículos obligan a las entidades financieras antes de la contratación a solicitar información previa y suficiente al cliente para conocer su situación financiera en aquél momento, sus necesidades específicas, sus objetivos específicos, con el objeto de que el contrato se amolde realmente a las necesidades del cliente y se adecue al riesgo que está dispuesto a asumir. Esta normativa y la jurisprudencia que la interpreta es taxativa al establecer que no basta con presumir que el cliente tenía conocimientos bastantes para conocer el alcance del producto, no basta con hacer suposiciones sobre el perfil o las necesidades del cliente o limitarse a recopilar información económica, sino que es obligatorio pedir información específica al cliente antes de comercializar el producto a fin de poder evaluar si los productos que le van a ofrecer, son idóneos o adecuados para él. Es más, el art. 79 bis LMV establece en su apartado 5.º que a la entidad financiera le corresponde asegurarse de que dispone de toda la información necesaria sobre sus clientes. Igualmente, los arts. 72 y 73 RD 217/2008 establecen la obligación de las entidades financieras de realizar a sus clientes sendos test de idoneidad y conveniencia a fin de determinar su perfil. Por ello, la sentencia recurrida al considerar que por el hecho de que el cliente sea empresario o tenga suscritos varios derivados financieros previos se ha dado cumplimiento a estas obligaciones de la entidad financiera, infringen los arts. 79 bis LMV y 72 y 73 RD 217/2008 , así como la jurisprudencia que lo interpreta.

5.- Motivo quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC , por infracción del art. 1265 y 1266 Código Civil , aplicado como norma esencial para resolver las cuestiones objeto del proceso, en relación con el art. 79 y 79 bis LMV, y la jurisprudencia que los interpreta. De conformidad con esta normativa y la jurisprudencia que lo interpreta, el Banco tiene la obligación de informar al cliente antes de la contratación de todos los gastos y costes asociados al producto. Ello obliga a la entidad a informar adecuadamente del coste de cancelación del producto, para que el cliente antes de contratar pueda conocer todas sus implicaciones. Dicha información exige hacer ejemplos prácticos a modo de simulación a fin de que el cliente pueda conocer mínimamente los costes económicos que puede acarrearle la cancelación del producto. Existen numerosas sentencias en las que se declara la nulidad de los derivados financieros por falta de información suficiente y detallada sobre el coste de cancelación, debiendo ir acompañada de las explicaciones y ejemplos oportunos para que el cliente pueda conocer todos los riesgos e implicaciones del producto que contrata. Por ello, entendemos que la sentencia recurrida infringe la normativa citada y la jurisprudencia de aplicación en la medida en que afirma que el cálculo del coste de cancelación viene previsto en el CMOF, por lo que la falta de información sobre el mismo no invalida el consentimiento de mi representada.

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



1.- La Ley 47/2007, de 19 de 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

UNDÉCIMO.- *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 ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

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



correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

2.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

DUODÉCIMO .- Conclusiones.

1.- En el presente caso no puede presumirse que concurra vicio en el consentimiento, deducible de un pretendido defecto de información, dado que en la sentencia de instancia, aceptada por la de segunda instancia se declaró: «A lo anterior debe añadirse que, en este caso, el proceso de negociación sobre el swap duró prácticamente un mes desde la primera oferta de la demandada el 8-4-2008 y hasta que se suscribió el CMOF y el documento de formalización de la permuta el 8 o 9 de mayo del 2008 (docs. 2 a 6 y 8 de la demanda). Durante ese tiempo hubo varias reuniones, se suministró documentación e información oral y se negociaron las condiciones como se expondrá más adelante en esta sentencia. Por tanto, no nos encontramos ante un contrato suscrito de forma rápida y precipitada, es decir sin tiempo para poder ser valorado adecuadamente».

2.- Este hecho declarado probado está fundado en apreciaciones racionalmente fundadas de la prueba practicada.

3.- La ausencia de test de idoneidad y conveniencia puede conllevar la ausencia de obligaciones informativas, pero no la automática existencia de un error-vice, pues este se funda en la falta de conocimiento del producto.

En el supuesto de autos, se acredita que no concurre la falta de conocimiento del producto, pues como se declaró en la sentencia del juzgado, aceptada por la Audiencia Provincial: «4.º El administrador de CD no actuó en solitario en las negociaciones con el BS. En efecto, en las mismas intervino en primer lugar D. Pablo , contable del grupo Lux Habitat, persona de confianza del señor Amanda y que estaba al corriente de las cuestiones bancarias y financieras de CD. Este señor reconoce en la vista que es licenciado en económicas y que ha hecho cursos de actualización en la Business School, así como que está al frente, junto con otra persona, del departamento financiero de la sociedad. Estamos pues, ante una persona con altos estudios que le permiten valorar el producto contratado. Por otra parte, resulta imposible de creer que una empresa de la importancia de CD pueda tener al frente de su departamento financiero a una persona sin amplios conocimientos en la materia, ni que pueda, sin esa formación, ser el contable de todo el grupo Lux Habitat. En segundo lugar, intervino también el señor Anibal , familiar -cuñado- de D. Teofilo . A esta persona se le podían consultar temas financieros (lo admite el señor Pablo). El señor Amanda admite que consultó con su cuñado y afirma que trabaja en el sector de la alimentación y que es licenciado en ESADE. Pues bien, esta persona es sin duda D. Anibal , miembro de la candidatura a la Junta del FC Barcelona al que se cita en el doc. 17 de la contestación. Esta persona, se dice en el documento, es licenciado en ADE y MBA por ESADE; es empresario en el sector de la alimentación; ha trabajado en el sector de auditoría y consultoría de empresas y, además, es desde 1992 colaborador del departamento de finanzas de ESADE. Estamos, pues, en presencia de un profesional especializado en materia financiera que asesoraba al administrador de CD y que además, sin duda, posee una gran experiencia. Este profesional, por ello, estaba en condiciones de poder valorar adecuadamente el producto ofertado por el BS, y de comprender los riesgos que podía comportar para la ahora actora. Resta por añadirse que en la candidatura expuesta hay otros miembros (con los que sin duda el administrador de CD ha de mantener una relación estrecha) que son también expertos en materias como Ciencias Económicas y Empresariales, y finanzas, personas que irían en la misma comisión (económico-patrimonial) que el señor Anibal . Incluso el candidato a presidente del club tiene un máster en ESADE en materia de finanzas»

Lo expuesto nos lleva a desestimar todos los motivos de casación, analizados conjuntamente.

DECIMOTERCERO.- Costas y depósitos.

Se imponen al recurrente las costas de ambos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos.

FALLO



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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad mercantil Cap Davantera S.L., contra sentencia de fecha 28 de julio de 2015, dictada en recurso de apelación 96/2013 de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente.

Procede la pérdida del depósito constituido para ambos recursos.

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