



Roj: **STS 4208/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4208**

Id Cendoj: **28079110012016100555**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2016**

Nº de Recurso: **1166/2013**

Nº de Resolución: **562/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJI, Arona, núm. 1, 13-02-2012,**
SAP TF 519/2013,
STS 4208/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 23 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil Centro Óptico Adeje S.L., representada por la procuradora D.ª Soledad Valles Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. José Miguel Velázquez Perelló; contra la sentencia n.º 102/2013, de 12 de marzo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 624/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 647/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Arona. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Noelia Afonso.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Fátima Esther de Armas Castro, en nombre y representación de Centro Óptico Adeje S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, con expreso acogimiento de los argumentos expuestos:

»1º) Declare la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras y de las Confirmaciones de Permuta Financiera de Tipos de Interés, suscritos entre las partes litigantes en fechas 22 de noviembre de 2006, 01 de diciembre de 2006 y 10 de octubre de 2007, por manifiesto vicio en el consentimiento prestado por la actora.

»2º) Declare la obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a mi mandante de todas las liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria, con igual fecha valor, y a retroceder cuantos intereses comisiones y gastos se hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones.

»3º) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad instada fuese rechazada, declare la resolución de los contratos a instancias de mi representada, con efectos desde la reclamación efectuada por mi mandante el 25 de mayo de 2009, y sin que ésta tenga que asumir gasto alguno en virtud de dicha resolución, reintegrándosele las liquidaciones negativas que se le hayan ido aplicando a partir de dicha fecha.



»4º) Alternativamente, y para el caso de que las anteriores peticiones no prosperasen, declare la nulidad y no incorporación a los contratos impugnados, tanto por abusivas como por su falta de transparencia, claridad y sencillez, de las condiciones generales y particulares que, a continuación se relacionan, con el consiguiente efecto de, por un lado, caso de subsistir los contratos, aplique el Juzgador las facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, reequilibrándose los mismos en el sentido de que la actora sólo deba abonar a la demandada las mismas liquidaciones que, en su momento, el Banco le abonó y, por otro lado, si las cláusulas subsistentes determinasen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, que se declare la ineficacia de los contratos

»Las mencionadas cláusulas son:

»1ª) Del Contrato Marco de Operaciones Financieras:

a) Cláusula decimocuarta en su integridad, al devenir la misma poco clara y transparente, oscura e incomprensible.

b) Cláusula decimosexta, apartado sexto, por estipular unas condiciones manifiestamente ilegales al contravenir lo regulado en la Ley de Mercados de Valores sobre la obligación de información que pesa sobre las entidades que ofrecen productos de inversión.

»2ª) De la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés:

a) Los apartados A y B (Importes Variables a pagar por Santander, Importes Fijos a pagar por el Cliente) por manifiesta desproporcionalidad y falta de equilibrio de las prestaciones entre las partes, así como por falta de claridad, transparencia y sencillez de dichas cláusulas.

b) Las cláusulas adicionales del contrato, en particular la que hace referencia al "conocimiento de los riesgos de la Operación", al ser su contenido manifiestamente incierto, en tanto que mi representada nunca tuvo conocimiento ni fue informada de riesgo alguno sobre dicho producto, amén de ser manifiestamente ilegal por contravenir las obligaciones de información y asesoramiento plasmadas en la Ley del Mercado de Valores (arts. 78 y siguientes).

c) El Anexo a dicho contrato en lo relativo a la descripción de los escenarios de liquidación, al ser los mismos claramente desproporcionados en perjuicio de mi representada y, por lo tanto, ilegales, así como la referencia al coste de cancelación, al adolecer la misma de claridad, y no reflejar fórmula o base de cálculo alguno para su determinación.

»Y todo ello con expresa condena en costas a la demandada de las costas causadas en el presente juicio»

2.- La demanda fue presentada el 7 de mayo de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Arona y fue registrada con el núm. 647/2010.

Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Manuel Ángel Álvarez Hernández, en representación de Banco de Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

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

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Arona dictó sentencia, de fecha 13 de febrero de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda presentada a instancia de Centro Óptico Adeje, S.L., dirigido por el Letrado D. José Miguel Velázquez Perelló y representado por la procuradora Dña. Fátima de Armas Castro en la contra la entidad Banco de Santander S.A. dirigida por el letrado D. Ernesto Benito Sancho y representada por el procurador D. Manuel Álvarez Hernández sobre resolución contractual y declarar la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras de 22 de noviembre de 2006 y el Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés de 10 de octubre de 2007 suscritos por la actora con la entidad bancaria demandada, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente las liquidaciones realizadas hasta la fecha en virtud de los mencionados productos financieros, con intereses legales, y con declaración de nulidad de las liquidaciones que se generen hasta la fecha de la presente sentencia; siendo igualmente condenada la demandada al pago de las costas del proceso».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander S.A.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 624/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 102/2013, de 12 de marzo, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS:

»1º.- Estimar el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Manuel Ángel Álvarez Hernández en nombre representación de Banco Santander S.A.

»2º.- Revocar la sentencia dictada el 13 de febrero de 2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Arona en Autos de Juicio Ordinario nº 647/2010.

»3º.- Desestimar la demanda formulada por la Procuradora D.ª Fátima Esther de Armas Castro en nombre y representación de Centro Óptico Adeje S.I. absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

»4º.- No formular expresa condena en costas en ninguna de las instancias»

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

1.- La procuradora D.ª Monserrat Espinilla Yagüe, en representación de Centro Óptico Adeje, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión y de las demás Entidades que prestan Servicios de Inversión, Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores; el artículo 2 de la Orden de 7 de octubre de 1999, de Desarrollo del Código General de Conducta y normas de actuación en la Gestión de Carteras de Inversión; el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, sobre Medidas de Reforma Económica; el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención en la Entidades de Crédito y el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios en relación con el artículo 6.3 del Código Civil existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ROJ 7821/2012, DE 15/11/2012; sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ROJ 1306/2012, de 01/03/2012; sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ROJ 6601/2011, DE 07/10/2011 y sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ROJ 4380/2010, de 14/07/2010 ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 11 de mayo 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación interpuesto procesal de la entidad mercantil Centro Óptico Adeje, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 12 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, en el rollo de apelación nº 624/2012, dimanante del juicio ordinario nº 647/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Arona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 22 de noviembre de 2006, la compañía mercantil Centro Óptico Adeje, S.L. y Banco Santander, S.A., suscribieron un contrato denominado «Confirmación de permuta financiera de tipos de interés», con un nominal de 150.000 ? y vencimiento el 5 de diciembre de 2011.

2.- El 1 de diciembre de 2006, las mismas partes suscribieron un contrato marco de operaciones financieras, CMOF.



- 3.- El contrato swap generó para el cliente liquidaciones positivas, en 5 de marzo de 2007 y 4 de junio de 2007, de 1.463,20 ? y 1.545,86 ?, respectivamente.
- 4.- La entidad financiera ofreció a Centro Óptico Adeje, S.L. cancelar el contrato de swap y sustituirlo por otro, de fecha 4 de octubre de 2007 y vencimiento el 10 de octubre de 2011, con el mismo nominal de 150.000 ?, lo que fue aceptado por el cliente.
- 5.- En los cinco trimestres comprendidos entre el 8 de enero de 2008 y el 8 de enero de 2009, el cliente recibió liquidaciones positivas de este segundo swap, por importe de 63,25 ?, 3,79 ?, 45,88 ?, 129,95 ? y 410,17 ?. Mientras que, a partir del 8 de abril de 2009, recibió liquidaciones negativas por importe de 683,63 ?, 1.195,89 ? y 1.369,27 ?. Al constatar el cliente la existencia de liquidaciones negativas, intentó la cancelación del producto, siendo informado por la entidad financiera de que el coste de la cancelación sería muy elevado.
- 6.- Centro Óptico Adeje, S.L. formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad del contrato de swap, con restitución recíproca de las prestaciones, con sus correspondientes intereses. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente que la demandante es una pequeña empresa familiar, ajena a los ámbitos financieros, a la que se le ofreció el producto por el banco como cobertura a hipotéticas subidas de los intereses, pero sin informarle verazmente sobre los riesgos que conllevaba el contrato. Razones por las cuales estimó la demanda.
- 7.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, porque consideró resumidamente que, aunque pudiera haber existido error en la suscripción del primer swap, el mismo fue novado y sustituido por otro contrato, por lo que el cliente ya tenía conciencia de la existencia de los riesgos, puesto que había conocido la posibilidad de liquidaciones negativas. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad del recurso.*

- 1.- Centro Óptico Adeje interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC , basado en dos motivos, de los cuales el primero denuncia las infracciones legales que se alegan, fundamentalmente la vulneración de los arts. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y los arts. 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 , en relación con el art. 6.3 CC , mientras que el segundo intenta justificar la existencia de interés casacional.
- 2.- Al oponerse al recurso, Banco Santander alega su inadmisibilidad, porque no cumple los requisitos de formulación del recurso de casación y no justifica que la resolución recurrida se oponga a la jurisprudencia invocada.
- 3.- Es cierto que el recurso interpuesto no es precisamente un dechado de técnica casacional, pero ello no significa que sea inadmisibile, porque se adapta a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.
- 4.- En el presente caso, la expresión de los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial en los que el recurrente considera que se condensa la infracción cometida, la referencia a los preceptos legales y reglamentarios que se consideran vulnerados, así como la constatación de la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios, permite considerar cumplidos los requisitos de acceso al recurso de casación, por lo que los defectos de formulación casacional no pueden erigirse en obstáculos insalvables para la admisión del recurso. Sobre estas cuestiones de admisibilidad, la Sala fijó criterio en su Auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 - recurso n.º 485/2012- (acogido posteriormente, entre otras, en sentencias núm. 351/2015, de 15 de junio , y 676/2015, de 30 de noviembre) y que ahora reproducimos en los aspectos relevantes para resolver la cuestión suscitada:

«2.- Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse "absolutas" ("notorias" las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración. Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse "absoluta", como puede ser el carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal. Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como "pretensión autónoma de inadmisibilidad" que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el



hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.

»3. - Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

5.- Si a ello sumamos que las alegaciones expuestas en el escrito de oposición al recurso de casación muestran que la recurrida ha tenido conocimiento adecuado de cuál es la cuestión jurídica planteada en el recurso, cuál es la infracción legal denunciada, y ha podido realizar las alegaciones en su defensa que ha considerado convenientes, ha de concluirse que el recurso de casación resulta admisible.

TERCERO.- *Primer motivo de casación. Obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de swap.*

1.- En el primer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 79 bis LMV y 60 a 70 del RD 217/2008, así como del RD 629/1993, todo ello en relación con el art. 6.3 CC.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la entidad financiera demandada incumplió la normativa legal que le era aplicable en orden a los deberes de información al cliente sobre los riesgos que conllevaba el contrato de swap suscrito, tanto sobre la posibilidad de liquidaciones negativas, como sobre el coste de cancelación. Por lo que, al contravenir normas imperativas, el contrato era nulo de pleno derecho.

CUARTO.- *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.- En el motivo se citan como infringidos los arts. 79 bis LMV y 60 a 70 del RD 217/2008, así como del RD 629/1993, sin reparar en que, al ser el contrato de fecha 22 de noviembre de 2006, no pueden ser aplicables al caso ni el art. 79 bis LMV (que se introdujo por la Ley 47/2007), ni el RD 217/2008; si bien, sí el RD 629/1993, que también se invoca en el recurso, y la denominada normativa preMiFID.

2.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, 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. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

3.- 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014), sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 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), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

4.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, y al que se refiere el motivo casacional, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

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

QUINTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información. Inexistencia de nulidad radical. Desestimación del motivo.*

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; y 310/2016, de 11 de mayo).

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.

2.- 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 1ª 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.

SEXTO.- Consecuencias del incumplimiento del deber de información.

1.- En este caso, partiendo 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 del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la sentencia considera, como argumento fundamental, que como entre las partes hubo un primer contrato de swap, en el que ya se produjeron liquidaciones negativas, al firmar el segundo el cliente tenía ya que ser consciente de los riesgos de la operación. Sin embargo, no tiene en cuenta que el segundo swap se firmó precisamente como supuesto remedio a las pérdidas habidas en el primero, y se incurrió nuevamente en el déficit informativo preexistente, puesto que no se informó debidamente al cliente que las liquidaciones negativas del primer contrato no habían sido unos contratiempos episódicos, sino que eran connaturales a la propia dinámica del contrato si se daba un escenario de bajadas de tipos de interés. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales, ni que la cancelación y sustitución del primer contrato sanara en modo alguno el mismo déficit informativo padecido en el segundo, puesto que cuando surgió el conocimiento de los concretos riesgos que conllevaba el swap fue cuando se constató que, a pesar de la renovación contractual, se seguían produciendo resultados negativos, es decir, cuando el contrato litigioso ya estaba en vigor.

2.- El banco 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.

3.- 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 desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- A su vez, implica desestimación del recurso de apelación, por lo que las costas generadas por éste deben imponerse a la parte apelante, conforme previene el artículo 398.1 LEC .

3.- Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil Centro Óptico Adeje, S.L. contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, en el recurso de apelación núm. 624/2012 . **2.-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia de 13 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Arona , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 647/10, que se confirma en todos sus pronunciamientos. **3.-** No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. **4.-** Imponer a Banco Santander, S.A. las costas del recurso de apelación. **5.-** Devuélvase a la recurrente el depósito constituido por el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres