



Roj: **STS 5166/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5166**

Id Cendoj: **28079110012016100675**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2016**

Nº de Recurso: **1629/2013**

Nº de Resolución: **689/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2821/2013,**  
**STS 5166/2016**

## **SENTENCIA**

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

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Camesa Inmuebles S.L., D. Carlos Jesús , D. Arsenio y D.ª Encarna , representados por la procuradora D.ª Mª Dolores de la Plata Corbacho, bajo la dirección letrada de D. Miguel Alcalá Jiménez, contra la sentencia n.º 154/2013, de 16 de mayo, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 935/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 819/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Catarroja. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A (antes Banesto S.A), representada por .la procuradora D.ª Cayetana de Zulueta Luchsinger y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Elena Gil Bayo, en nombre y representación de Camesa Inmuebles S.L., D.ª Encarna , D. Arsenio y D. Carlos Jesús , interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que, estimando íntegramente la demanda, se declare:

1) La nulidad de los contratos denominados:

- los Contratos denominados "Contrato sobre operaciones financieras (Permuta Financiera de Tipos de Interés con suelo y techo parcial -Collar Kiko)", suscritos con fecha de 28 de noviembre de 2006, con fecha de vencimiento de 29 de noviembre de 2010, cancelado anticipadamente en septiembre de 2008, para suscripción y reestructuración de nuevo Contrato Vigente sobre Operaciones Financieras" de fecha de 18 de Septiembre de 2008 y fecha de vencimiento de 22 de septiembre de 2013, todo ello por error fundado, en sustancia, en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de no proporcionarle adecuada y suficiente información con respecto al contrato suscrito, por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara. Debiendo declararse, en virtud de dicha nulidad contractual, la nulidad de todas aquellas liquidaciones económicas practicadas así como la nulidad de las liquidaciones pendientes que se viera obligada a efectuar los demandantes incluso aquellas derivadas de una cancelación anticipada del producto financiero, ello con los efectos restitutorios que tal declaración de nulidad comporta y que se concretan en el siguiente punto.



2) Consecuencia directa de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada BANESTO a pagar a mis representados la cantidad de 63.383,96 ? (SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS), más los intereses legales devengados sobre dicha cantidad, desde que fueran cobradas indebidamente, cantidad que nace de las suma de las liquidaciones negativas soportadas por mi patrocinado, una vez deducidas las liquidaciones positivas si estas existiesen, durante la vigencia del contrato cuya nulidad se pretende.

3) Se condene igualmente a la entidad BANESTO al abono a favor de mis representados de las cantidades que se sigan devengando y que en su caso sean pagadas o en caso de no constar pagadas a la anulación de las liquidaciones que se sigan emitiendo al tratarse de prestaciones de vencimiento periódico.

4) Todo ello con imposición expresa de las costas a la parte contraria».

2.- La demanda fue presentada el 19 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Catarroja, fue registrada con el núm. 819/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Silvia López Monzó, en representación de Banco Español de Crédito S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Catarroja dictó sentencia n.º 55/2012, de 11 de octubre , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando totalmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Jesús , en nombre y representación de Camesa Inmuebles S.L; de D.ª Encarna ; de D. Carlos Jesús ; de D. Arsenio y de D.ª Guillerma D. Carlos Jesús , contra Banco Español de Crédito SA debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de 28 de noviembre de 2006 y de 18 de septiembre de 2008 entre las partes y debo condenar y condeno a la entidad demandada a pagar la cantidad de 63.383,96 euros más los intereses legales desde que fueron cobrados, así como la restitución recíproca de las cantidades cobradas con posterioridad con sus intereses legales, y anulación de las liquidaciones pendientes de pago. No hay condena en costas».

5.- Por auto de 24 de octubre de 2012 se rectificó un error material del fallo de la anterior sentencia, a fin de hacer constar que la procuradora recurrente era D.ª Elena Gil Bayo y no D. Carlos Jesús .

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Español de Crédito S.A. (Banesto).

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 935/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia nº 154/2013, de 16 de mayo , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS:

ESTIMAMOS el recurso de apelación promovido por la representación de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO CONTRA LA Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Catarroja el 11 de octubre de 2011 - y su auto de rectificación de 25 de octubre de 2012 - , que revocamos.

DESESTIMAMOS la demanda formulada por la representación de la entidad CAMESA INMUEBLES SL, DOÑA Encarna , DO Carlos Jesús , DON Arsenio y DOÑA Guillerma contra el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO S.A a la que absolvemos de los pedimentos contra ella deducida, con imposición de las costas de la primera instancia.

DESESTIMAMOS la impugnación de la sentencia formulada por la representación de la parte demandante.

Respecto de las costas de la apelación y de la impugnación, cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Se acuerda la restitución del depósito constituido para recurrir».

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

1.- La procuradora D.ª Elena Gil Bayo, en representación de Camesa Inmuebles S.L., D. Carlos Jesús , D. Arsenio y D.ª Encarna , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso fueron:



«Primero.- Infracción, por inaplicación, del artículo 3.1 del Código Civil , en cuanto al deber de interpretar las normas según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, ( STS de 13-05-1986 y 22/07/1998 , documentos 1 y 2).

»Segundo.- Infracción, por incorrecta aplicación, del artículo 78 bis, apartado 1 y 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , sobre el deber de la entidad bancaria de clasificar a sus clientes en minoristas o profesionales. Constitutivo de un incumplimiento esencial de las normas de conducta del Mercado de Valores ( STS 03-05-2013 y 20-01-2003 , doc. 3 y 4).

»Tercero.- Infracción por inaplicación, del art. 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero (en relación con el art. 79. Bis 7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio ), por el que se establece el deber de realizar una adecuada valoración sobre si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado (test de conveniencia) lo cual constituye un incumplimiento esencial de las normas de conducta del Mercado de Valores ( STS 03-05-2013 y 20-01-2003 , doc. 3 y 4).

»Cuarto.- Infracción, por inaplicación, del artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en relación con el art. 79. Bis 6, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ), por el incumplimiento del deber de realizar a sus clientes un test de idoneidad, constitutivo de un incumplimiento esencial de las normas de conducta del Mercado de Valores ( STS 03-05-2013 y 20-01-2003 , doc. 3 y 4).

»Quinto.- Infracción, por incorrecta aplicación, del art.60.1 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , en relación con el art. 79 bis 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , respecto del cumplimiento del deber de informar de forma clara, comprensible y transparente por la entidad bancaria ( STS 18-04-2013 Y 09-05-2013 , doc. 5 y 6).

»Sexto.- Infracción, por inaplicación, del art. 6.3 del Código Civil , sobre el carácter imperativo de las normas sobre el Mercado de Valores infringidas que conllevan la nulidad de los contratos suscritos ( STS 31 de octubre de 2007 y 27-09-2007 , doc. 7 y 8).

»Séptimo.- Infracción, por incorrecta aplicación, del art. 1266.1 del Código Civil (en relación con los arts. 1262.1 y 1265 del CC ) y jurisprudencia sobre la concurrencia de los requisitos del error como vicio del consentimiento: carácter esencial y excusable derivado de una deficiente información ( STS de 17-07-2006 y 13-02-2007 , doc. 9 y 10)».

**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 29 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Camesa Inmuebles, S.L., don Carlos Jesús , don Arsenio y doña Encarna contra la Sentencia dictada el 16 de mayo de 2013 por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) en el rollo nº 935/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 819/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Catarroja».

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

**4.-** Por providencia de 10 de octubre 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 10 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

**1.-** El 14 de noviembre de 2006, Camesa Inmuebles S.L. (en adelante, Camesa) y Banco Español de Crédito, S.A. (actualmente, Banco Santander, S.A.) concertaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 1.200.000 ?.

**2.-** El 28 de noviembre de 2006, suscribieron un contrato denominado «permuta financiera de tipos de interés con suelo y techo parcial- Collar Kiko», con un nominal de 1.000.000 ? y vencimiento el 28 de noviembre de 2010.

**3.-** El 30 de septiembre de 2008 se canceló dicho contrato y se suscribió otro, con iguales condiciones y vencimiento el 22 de septiembre de 2013.



4.- El primer contrato resultó inocuo para el cliente. Mientras que las liquidaciones periódicas del segundo swap arrojaron un saldo negativo para el cliente de 63.383,96 ?.

5.- Camesa formuló demanda contra Banesto, en la que solicitaba la nulidad de los contratos suscritos entre las partes por error vicio del consentimiento. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró que el banco no había informado debidamente de los riesgos del contrato, pese a haber tomado la iniciativa en su suscripción; no se cercioró del perfil del cliente, ni de la conveniencia del producto; y ello supuso que el cliente contratara con error en la prestación del consentimiento. Razones por las cuales estimó la demanda.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Cuando se firmó el primer contrato no era aplicable la normativa MiFID; (ii) Antes de firmarse el segundo contrato se realizó al cliente un test de conveniencia; (iii) Los representantes del cliente leyeron los contratos y los avisos en ellos contenidos, pese a lo cual decidieron contratar. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

**SEGUNDO.- Recurso de casación. Planteamiento. Inadmisibilidad parcial.**

1.- Camesa y los Sres. Arsenio Carlos Jesús Encarna interpusieron recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC , basado en siete motivos:

1º) Infracción por inaplicación del art. 3.1 del Código Civil , respecto a la interpretación de las normas según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas ( SSTS de 13 de mayo de 1986 y 22 de julio de 1998 ).

2º) Infracción del art. 78 bis, 1 y 2, de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV), sobre el deber de clasificación de los clientes ( SSTS de 3 de mayo de 2013 y 20 de enero de 2003 ).

3º) Infracción del art. 73 RD 217/2008 , sobre la obligatoriedad de realizar al cliente un test de conveniencia ( SSTS de 3 de mayo de 2013 y 20 de enero de 2003 ).

4º) Infracción del art. 72 RD 217/2008 , sobre la obligatoriedad de realización al cliente de un test de idoneidad ( SSTS de 3 de mayo de 2013 y 20 de enero de 2003 ).

5º) Infracción del art. 60.1 RD 217/2008 , en relación con el art. 79 bis 2 LMV, respecto de los deberes de información de la entidad bancaria ( SSTS de 18 de abril de 2013 y 9 de mayo de 2013 ).

6º) Infracción del art. 6.3 CC , sobre el carácter imperativo de las normas del mercado valores ( SSTS de 31 de octubre de 2007 y 27 de septiembre de 2007 ).

7º) Infracción de los arts. 1.266-1 , 1.262 y 1.265 CC , sobre la concurrencia de error vicio esencial y excusable en la prestación del consentimiento ( SSTS de 17 de julio de 2006 y 13 de febrero de 2007 ).

2.- Dada la defectuosa formulación de alguno de estos motivos (especialmente, el primero), que se deduce de su propio enunciado, y la introducción en alguno de ellos de cuestiones nuevas no planteadas en la instancia (el sexto), hemos de recordar la doctrina de esta Sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), y reiterada en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Concurren causas absolutas de inadmisión del recurso de casación cuando se plantean motivos procesales y no sustantivos, cuando no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida y cuando el escrito carece de la necesaria claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa ( art. 477.1 LEC ), la individualización del problema jurídico planteado ( art. 481.1 y 3 LEC ), y la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada ( art. 481.1 LEC ). Por el contrario, concurren causas relativas de inadmisión cuando, 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.

3.- En este caso, no superan el estándar de admisibilidad los motivos primero y sexto. El primero, porque se refiere a una regla general de interpretación de las normas legales y no a una infracción concreta. El recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, a fin de someter al



Tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición, sino un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al caso, lo que: 1) exige que en cada motivo se concrete de forma inequívoca la norma pretendidamente vulnerada por la sentencia de la Audiencia, con respeto a los hechos declarados probados expresa o implícitamente y que sirven de fundamento fáctico para tal decisión; y 2) no tolera el acarreo de argumentos heterogéneos y normas carentes de conexión cuando generan imprecisión.

Este primer motivo casacional se basa en un conjunto heterogéneo e indiscriminado de normas jurídicas -hasta veintinueve normas diferentes llegan a citarse, algunas absolutamente alejadas del objeto litigioso, como la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, o la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los **consumidores**-, que pretende agruparse mediante una única argumentación que, en realidad, lo que persigue es sustituir simplemente el criterio de la Audiencia por el de la propia parte y no -como es lo propio en casación- denunciar la incorrecta aplicación de la norma. Lo que hace que este motivo sea directamente rechazable (en este sentido, sentencias de esta Sala núm. 444/2009, de 15 junio, y 16/2013, de 24 de enero, así como las múltiples que en ellas se citan).

Respecto al motivo sexto, introduce en casación una cuestión nueva que no había sido debatida en la instancia, que es la imperatividad de la normativa del mercado de valores y la nulidad de los actos o contratos que la contravengan. Y esta Sala tiene reiteradamente declarado que no pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido sometidas a la consideración del tribunal de apelación (entre otras muchas, sentencias núm. 718/2009, de 16 de noviembre; 301/2012 de 18 de mayo; 632/2012, de 29 de octubre; 32/2013, de 6 de febrero; y 268/2013, de 22 de abril), puesto que la extemporaneidad afecta a principios procesales esenciales, como los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales (art. 24.1 CE).

**4.-** En consecuencia, estos dos motivos deben ser inadmitidos, deviniendo las causas de inadmisión en causas de desestimación. A lo que no es óbice que en su día fueran admitidos a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias núm. 97/2011, de 18 de febrero, y 548/2012, de 20 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

**5.-** Por el contrario, pese a que su formulación casacional no es todo lo rigurosa que sería deseable, el resto de motivos sí resultan admisibles. En cada uno de ellos y en su conjunto se identifican las normas supuestamente infringidas, relativas a la normativa del mercado de valores en su vertiente de clasificación de los clientes y las obligaciones de información de las entidades de servicios de inversión, y la regulación del error vicio del consentimiento en el Código Civil (arts. 1.261, 1.265 y 1.266). Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

**6.-** En la medida en que los motivos admisibles están íntimamente relacionados, puesto que es el déficit de información el que, en su caso, provocaría el error en el consentimiento, serán resueltos conjuntamente los relativos a los deberes de información (2º al 5º) y posteriormente el atinente al error del consentimiento (7º).

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

**1.-** Aunque la pretensión formulada en la demanda y sostenida en este recurso de casación se refiere a la nulidad de los dos contratos de swap celebrados entre las partes, uno en 2006 y, por tanto, antes de la entrada en vigor de 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, que tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de las Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE (normativa MiFID); y otro en 2008, posterior a la vigencia de la nueva regulación, únicamente tiene virtualidad el pronunciamiento respecto del segundo de tales contratos, puesto que el primero, según la propia parte recurrente resultó inocuo para ella (no le generó liquidaciones negativas), y fue cancelado por acuerdo de las partes. Por lo que el único que estaba vigente cuando se interpuso la demanda y era objeto de controversia efectiva, en cuanto que había producido



liquidaciones negativas para el cliente de elevada cuantía, era el segundo swap, concertado en 2008, cuando ya era plenamente aplicable la normativa MiFID.

2.- Tras la reforma legal de 2007, 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 tales servicios 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 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 consiste 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, ente otras muchas).

3.- En este caso, conforme a la propia base fáctica acreditada en la instancia, no 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; se le hizo un test de conveniencia estereotipado y cumplimentado por la propia entidad financiera como un componente más del conjunto documental que se puso a la firma del cliente; y no se llegó a realizar el test de idoneidad.

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

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; y 595/2016, de 5 de octubre ).

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 del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. La Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara al cliente de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, considera suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, haciendo responsable al cliente de la falta de lectura o de la firma sin estar debidamente informado. En particular, otorga especial relevancia al hecho de que en los contratos (el cancelado por acuerdo de las



partes y el que lo sustituyó) se contenía una mención, bajo el epígrafe «advertencia», en que se hacía saber al cliente que el producto podría entrañar riesgos y que podía generar pérdidas.

Sin embargo, dicha conclusión no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma del documento, y que la entidad no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que el producto ofertado fuera adecuado a su perfil inversor. 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 -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.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo , no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada ( sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero ). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés. Como afirmamos en la sentencia núm. 692/2015, de 10 de diciembre :

«El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional.

»Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma [...]».

Por lo que no puede compartirse en modo alguno que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

**3.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banesto 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 que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento



equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

**5.-** Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

**QUINTO.- Costas y depósitos.**

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

**2.-** Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Camesa Inmuebles, S.L., y D. Carlos Jesús , D. Arsenio y Dña. Encarna , contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el recurso de apelación núm. 935/2012 . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito (actualmente Banco Santander, S.A.) contra la sentencia núm. 55/2012, de 11 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Catarroja , en el juicio ordinario núm. 819/2011, que confirmamos íntegramente. **3.º** - Imponer a Banco Santander, S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.