

Roj: **STS 503/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:503**Id Cendoj: **28079110012016100059**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/02/2016**Nº de Recurso: **3386/2012**Nº de Resolución: **63/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 2299/2012,**
STS 503/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por HERSADE S.L., representada por el procurador D. Victorio Venturini Medina, bajo la dirección letrada de D. Sebastián Rivero Galán y D. Roberto Sanz López, contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2012, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el recurso de apelación núm. 406/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 396/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Zaragoza. Sobre nulidad de contrato marco de operaciones financieras y de confirmación de permuta financiera. Ha sido parte recurrida IBERCAJA BANCO S.A.U, representada por el procurador D. Valentín Ganuza Férreo y bajo la dirección letrada de D. Jorge Barreiro Cavero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María del Pilar Bonet Perdigones, en representación de HERSADE, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y la Rioja (IBERCAJA) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que : «1º Se declaren nulos el contrato marco de operaciones financieras y confirmación de permuta financiera de tipo de interés suscritos entre las partes el 22 y 23 de julio de 2008, condenando a la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y LA RIOJA (IBERCAJA) al pago de CUARENTA MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS EUROS CON CINCUENTA Y UN CÉNTIMOS (40.626,51 €), más las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato hasta ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta

»2º Con carácter subsidiario, y en defecto de lo anterior, se declare la ineficacia de la estipulación décimo-cuarta del contratos marco, y en consecuencia, el derecho de mi representada a resolver anticipadamente dicho contrato marco, así como, el resto de operaciones realizadas a su amparo sin coste o penalidad alguna para la demandante.

»3º Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

2. - La demanda fue presentada el 23 de marzo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza y fue registrada con el núm. 396/2011. Una vez fue admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jorge Guerrero Fernández, en representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (IBERCAJA), contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba



«se desestime la demanda interpuesta frente a ella por HERSADE absolviendo a mi representada de los pedimentos de la misma, y condene al actor al pago de las costas causadas por su temeridad al plantear este procedimiento».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 9 de febrero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO

»1º) Se desestima la demanda interpuesta por HERSADE S.L.

»2º) Se absuelve a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ZARAGOZA, ARAGÓN Y RIOJA (IBERCAJA).

»3º) Se imponen las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.-*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Hersade , S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 406/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por HERSADE, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Veinte de Zaragoza, el 9 de febrero de 2012 , aclarada por Auto de fecha 23 de febrero de 2012, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a dicha apelante de las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por Hersade, S.L. para recurrir, al que se dará el destino legal procedente.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.-*

1. - La procuradora D.ª Pilar Bonet Perdigones, en representación de Hersade, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Infracción procesal por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , artículo 73.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la acumulación de acciones, en relación con el artículo 419 del mismo cuerpo legal .»

El motivo del recurso de casación fue:

«Único - Infracción de la Ley 47/2007 (en adelante 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 (la «LMV») cuya finalidad es la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.»

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 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la entidad "HERSADE, S.L." contra la sentencia dictada, el 13 de noviembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª), en el rollo de apelación nº 406/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 396/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza.»

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 22 de diciembre de 2015 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 3 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 22 de julio de 2008, la compañía mercantil "Hersade, S.L." suscribió con la Caja de Ahorros "Ibercaja" (actualmente, "Ibercaja Banco, S.A.U.") un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). El día siguiente, 23 de julio, las mismas partes firmaron un contrato denominado "confirmación de contrato de cobertura IRS estándar", con un nocional de 1.000.000 €, con fecha de inicio el 30 de julio de 2008 y fecha de vencimiento el 30 de julio de 2013, a un tipo fijo del 5,2%.

2.- El contrato de swap dio lugar a liquidaciones negativas para el cliente por importe de 40.626,51 €. Ante lo cual, como quiera que "Hersade, S.L." pretendió la cancelación anticipada del contrato, la entidad financiera le comunicó que ello tendría un coste de 87.000 €.

3.- "Hersade, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Ibercaja", en la que solicitaba: (i) la declaración de nulidad de los citados contratos por vicio del consentimiento, sobre la base del error en el conocimiento de la operación y por infracción del deber de información de la entidad financiera; (ii) subsidiariamente, la declaración de ineficacia de la estipulación decimocuarta del contrato marco (cálculo de la cantidad a pagar por vencimiento anticipado).

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) no se contrató un servicio de asesoramiento de inversión, ni de gestión de cartera; (ii) la demandada no estaba obligada a realizar el test de idoneidad, solo el de conveniencia; (iii) la actora tiene perfil de cliente minorista, moderado; (iv) la entidad financiera cumplió su deber de información; (v) de la simple lectura del contrato se desprende que si el Euribor bajaba, el cliente debería pagar; (vi) no es ilícito que se pacte que la liquidación referente a la cancelación anticipada del contrato la realice el banco. Razones por las cuales desestimó la demanda.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, fue desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó las consideraciones del Juzgado antes expuestas y añadió resumidamente: (i) según el test de conveniencia, los administradores de la demandante estaban familiarizados con productos financieros derivados y habían realizado inversiones financieras de elevado importe; (ii) la entidad financiera facilitó al cliente la información precisa sobre el funcionamiento del producto; y el clausulado del contrato era fácilmente entendible; (iii) la demandante recibió liquidaciones favorables y solicitó la cancelación del contrato; (iv) en cuanto a la pretensión subsidiaria, la competencia para la anulación de las condiciones generales de la contratación corresponde a los juzgados de lo mercantil.

SEGUNDO.- *Sobre la admisibilidad inicial de los recursos extraordinario por infracción procesa y de casación.*

1.- La parte recurrida se opone a la admisibilidad de los recursos extraordinarios formulados por la parte recurrente, alegando que ni la cuantía litigiosa es superior a 600.000 €, ni se justifica la existencia de interés casacional.

2.- No pueden compartirse tales objeciones. La pretensión principal de la demanda postulaba la nulidad de los contratos celebrados entre las partes, entre ellos un contrato de permuta financiera con un nocional de 1.000.000 €; por lo que, a los únicos efectos de la procedencia de la admisión de los recursos, resulta de aplicación la regla 8ª del art. 251 LEC, conforme a la cual en los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se corresponderá con el total del interés económico de la obligación. Por lo que ambos recursos extraordinarios son admisibles, conforme al art. 477.2.2º LEC, sin perjuicio de lo que se resolverá a continuación.

TERCERO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal.*

Planteamiento:

1.- "Hersade, S.L." formuló un único motivo de infracción procesal, titulado: Infracción procesal por vulneración del art. 24 CE, art. 73.1.1º LEC, relativo a la acumulación de acciones, en relación con el art. 419 de la misma Ley.

2.- En el desarrollo del motivo, se argumenta que en la demanda se formuló una pretensión principal, dirigida a la anulación de los contratos litigiosos por error vicio del consentimiento, y una pretensión subsidiaria, relativa a la declaración de nulidad de la condición general de la contratación, contenida en el contrato marco, reguladora de la cancelación anticipada del contrato. Son acciones conexas o interdependientes, lo que permite su acumulación, correspondiendo la competencia al juzgado que debe conocer de la acción principal, que es el juzgado de primera instancia, y no el de lo mercantil. Además, no habiéndose declarado improcedente en primera instancia la acumulación objetiva de acciones, no puede dejarse imprejuizada una de tales acciones.



Decisión de la Sala:

1.- El recurso debe ser desestimado, porque en su formulación incurre en defectos de forma insubsanables. En el encabezamiento no se identifica a cuál de los motivos del art. 469.1 LEC se refiere, ni tampoco los individualiza debidamente en el desarrollo posterior. La invocación expresa del art. 24 CE haría pensar que se está enmarcando en el motivo 4º (vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE), pero ello queda contradicho por lo expresado antes en el escrito de interposición bajo el epígrafe "Cumplimiento de los requisitos legales", donde se dice que el recurso « se funda en dos de los motivos previstos por el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cual es la infracción de las normas sobre competencia objetiva y la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (motivos primero, segundo y tercero)».

2.- En resumen, no solo no se identifica en el encabezamiento el motivo por el que se interpone el recurso de infracción procesal, sino que, diciéndose expresamente que se basa en dos motivos, se terminan enumerando tres y se cita un precepto constitucional que se refiere al cuarto. Mezcolanza inadmisibles, no solo por el confusiónismo que genera en el tratamiento de los motivos, sino porque sus presupuestos y consecuencias son diferentes, según se desprende del art. 476 LEC. Como dijimos en la sentencia núm. 993/2011, de 16 enero: « No cabe fundamentar un motivo acumulando alegaciones de forma asistemática, para que el Tribunal acoja alguna o algunas y las subsuma en el precepto adecuado. Tal actitud dificulta la defensa de la contraparte y la respuesta del Tribunal, suponiendo un defecto de planteamiento que vicia plenamente el motivo, por lo que éste no debió haber pasado el tamiz de la admisión». O como resolvió la sentencia 150/2012, de 28 de marzo, «[e]s carga del recurrente identificar con precisión tanto el cauce legal de cada motivo como la norma procesal que se considere infringida y no tarea de esta Sala encuadrar cada motivo en uno de los ordinales del art. 469.1 LEC citados de forma general ni intuir o adivinar cuál de los cuatro artículos de la misma ley, tres de ellos además con varias normas contenidas en sus distintos apartados, se consideran infringidos en cada motivo»

CUARTO.- Recurso de casación.

Planteamiento

Se formula un único motivo, por infracción de la Ley 47/2007, de modificación de la LMV. En el desarrollo del motivo se mantiene que se han infringido los arts. 79 y 79 bis LMV, al no apreciarse que la entidad financiera no ofreció al cliente la información a que estaba legalmente obligada.

Decisión de la Sala:

1.- 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.

Uno de los ámbitos en los que la reforma legal supuso mayores modificaciones fue en el de las normas de conducta contenidas en el Título VII de la LMV y en su desarrollo reglamentario. Desde un punto de vista material, la trasposición de la normativa MiFID conllevó, en general, un endurecimiento de las exigencias que deben cumplir las entidades que prestan servicios de inversión frente a sus clientes minoristas en cuanto a normas de conducta, tales como las obligaciones de conocer al cliente y de informarle, el registro de contratos o las obligaciones relativas a la gestión de órdenes y la política de mejor ejecución, si bien la norma permite conceder un nivel de protección y un trato distinto dependiendo de la categoría a la que cada cliente pertenezca. Al cliente minorista, que es la clasificación que corresponde a la hoy recurrente, se le debe otorgar el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad que le presta servicios de inversión a cumplir todas las normas de conducta.

3.- En contra de lo afirmado en la instancia, la función que cumple el banco en este caso es la de asesoramiento financiero, puesto que, aparte de que, tras la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, se considera que hay tal cuando los productos consisten en instrumentos financieros como valores negociables, derivados o contratos financieros por diferencias, y la permuta financiera está considerada por la Ley del Mercado de Valores como un producto derivado, hemos dicho por ejemplo en sentencia n.º 840/2013, de 20 de



enero de 2014, que lo que determina que haya o no asesoramiento no es tanto la naturaleza del producto, como la conducta del banco, es decir, que sea éste quien ofrezca el producto. Por tanto, a la operación litigiosa, que se concertó tras dicha asunción de las normas MiFID, le era de aplicación lo previsto en los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (actuales arts. 202 y ss. del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (arts. 61 y ss.). Además, 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.

4.- Como decíamos en la Sentencia nº 563/2015, de 15 de octubre: « Según declaró esta Sala en la STS nº 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento. De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3). Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto».

5.- 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 MiFID, 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; 726/2015, de 22 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 738/2015, de 30 de diciembre; y 744/2015, de 30 de diciembre).



6.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, 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.

7.- Pese a prestarse un asesoramiento financiero, únicamente se realizó el test de conveniencia y no el de idoneidad; y además, el de conveniencia aparece "autocumplimentado" por la propia entidad financiera, como parte del conjunto documental del contrato. Asimismo, el test de conveniencia tampoco arroja unos resultados de los que se desprenda que el producto era recomendable para el cliente, puesto que figura que, aunque consta que el cliente estaba familiarizado con productos derivados, únicamente asumiría un nivel de riesgo bajo siempre que el capital estuviera protegido y que realizaba inversiones financieras de elevado importe con poca frecuencia. Lo que, junto con el resto de prueba practicada, no permite apreciar que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en las respectivas fechas de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala. En particular, la sentencia no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de la operación que estaba concertando, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, partiendo de una premisa errónea (que el cliente tiene experiencia financiera por el mero hecho de ser una empresa con un cierto volumen de negocio), deduce que prestó su consentimiento de forma no viciada, aunque la entidad financiera no cumplió sus obligaciones legales de información.

Es decir, aunque se mantiene que la entidad financiera facilitó la información requerida, no se llega a afirmar que se informara sobre los riesgos principales del contrato, asociados a las bajadas del Euribor, tanto respecto de las liquidaciones periódicas como del coste de cancelación. Al contrario, la propia documentación bancaria denominada "Propuesta comercial personalizada Hersade 2000, S.L.", en la que supuestamente se basaría la información referida en la sentencia, dice textualmente « El objetivo de las coberturas es minimizar el impacto de las subidas de los tipos de interés»; y tras unas explicaciones esquemáticas en función del aumento o disminución del interés en relación con el tipo fijo IRS (5,25%) concluye con el interrogante "*¿A quién va dirigido?*", a lo que contesta: « El IRS estándar es la elección óptima para aquellos clientes con financiación a largo plazo y a tipo variable que esperan que los tipos de interés aumenten de forma considerable y deseen cambiar su referencia de pago de un tipo de interés variable a uno fijo ». Insiste posteriormente en que « un producto de cobertura tiene la finalidad de MITIGAR el riesgo derivado de las posibles subidas de los tipos de interés » (frase resaltada en negrita). Y la única mención que se hace a la bajada de los tipos es precisamente que en tal caso el producto no es adecuado, al decir: « El IRS estándar proporciona protección frente a subidas en los tipos de interés, por lo que no es recomendable para clientes con expectativas de bajada o estabilización de los tipos durante el periodo de vida de la operación ». Con lo cual resulta que el banco no sólo aconsejó un producto inadecuado para el cliente, sino que tampoco lo informó debidamente de los riesgos del escenario previsto como no aconsejable: la bajada de los tipos de interés.

8.- 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, anulando la sentencia recurrida, y asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por "Hersade, S.L." contra la sentencia de primera instancia, que se revoca. En su virtud, se estima la demanda en cuanto se solicitaba la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento, debiendo restituirse las partes recíprocamente las prestaciones, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil .

QUINTO.- Costas y depósitos.

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal supone que deban imponerse a la parte recurrente las costas causadas por el mismo, conforme ordena el art. 398.1 LEC .

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



3.- Del mismo modo, la estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación y de la demanda inicial, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación (art. 398.2 LEC); debiendo imponerse a la parte demandada las costas de la primera instancia (art. 394.1 LEC).

4. - Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal y la devolución del constituido para el de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil "Hersade, S.L.", contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 406/2012 .

2º Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "Hersade, S.L.", contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, en el recurso de apelación núm. 406/2012 .

3º Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por "Hersade, S.L." contra la sentencia núm. 25/2012, de 9 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Zaragoza , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 396/2011, que revocamos.

4º Estimar la demanda interpuesta por "Hersade, S.L.", declarando la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y confirmación de contrato de cobertura IRS estándar, identificados en el primer fundamento jurídico; y ordenamos la restitución de las prestaciones.

5º Imponer a "Ibercaja Banco, S.A.U." las costas de la primera instancia.

6º Imponer a "Hersade, S.L.", las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal

7º No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y de casación.

8º Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos estimados, así como la pérdida del constituido para el recurso extraordinario de infracción procesal.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.