



Roj: **STS 4309/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4309**

Id Cendoj: **28079110012016100590**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2016**

Nº de Recurso: **498/2013**

Nº de Resolución: **594/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1716/2013,**
STS 4309/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil Fernet Metales y Minerales, S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D.ª Mónica de la Paloma Fente Delgado, bajo la dirección letrada de D. Asier Pérez Chaparro, contra la sentencia n.º 11/2013, de 15 de enero dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 240/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1263/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao. Sobre nulidad de contratos marco de operaciones financieras y confirmación de swap ligado a la inflación. Ha sido parte recurrida Banco Santander, S.A., representado ante esta Sala por la procuradora D.ª María Albarracín Pascual, y bajo la dirección letrada de D. Eneko Goenaga Egibar.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Xabier Núñez Irueta, en nombre y representación de Fernet Metales y Minerales, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la cual:

«[...] se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, la confirmación del Swap ligado a la inflación, y la carta de garantía, todos ellos de 15 de septiembre de 2.008, y se condene a BANCO SANTANDER SA a estar y pasar por tal declaración, y en consecuencia, a la inherente restitución recíproca de las prestaciones devengadas en aplicación de dicho contrato, y las que se sigan devengando desde la interposición de la presente demanda, con su correspondiente interés, todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 29 de septiembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao, siendo registrada con el núm. 1263/2010. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda, mediante escrito en el que solicitaba se acordara:

«[...] admitirlo y tenerme por personado y por contestada y opuesto a la demanda de adverso interpuesta, en tiempo y forma, para previos los trámites oportunos dictar en su día Sentencia por la que desestime



íntegramente la misma y absuelva a mi mandante todos los pedimentos que en ella se consignan, con expresa imposición de costas a la actora y con todo lo demás que en Derecho proceda».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao dictó sentencia n.º 56/2012.de 28 de marzo , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: QUE SE ESTIMA la demanda formulada por el Procurador D. Xabier Núñez Irueta, y de "FERMET METALES Y MINERALES, S.L.", y Letrado D. Asier Pérez Chaparro, contra el demandado "BANCO SANTANDER, S.A", con Procurador D. Rafael Eguidazo Buerba, y Letrado D. Ignacio Guerra Gimeno, y, en consecuencia, QUE DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, la confirmación del Swap ligado a la inflación, y la carta de garantía, todos ellos de fecha 15 de septiembre de 2.008, Y QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO la obligación de la parte demandada a estar y pasar por la citada declaración, Y QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO al "BANCO SANTANDER, S.A.", a la inherente restitución recíproca de las prestaciones devengadas en aplicación de dicho contrato, y las que se sigan devengando desde la interposición de la demanda, más los intereses legales correspondientes, con expresa imposición de las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 240/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de enero de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO DE SANTANDER S.A, contra la sentencia dictada el día 28 de marzo de 2012 , por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Bilbao, en el Juicio Ordinario nº 1263 de 2.010, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la representación de FERMET METALES y MINERALES S.L, todo ello con imposición a la actora de las costas de la primera instancia y sin hacerse especial imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia.

»Devuélvase los autos al Juzgado del que procedan con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

»Devuélvase a la recurrente el importe del depósito constituido para recurrir».

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

1.- El procurador D. Xabier Núñez Irueta, en representación de Fernet Metales y Minerales, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto que la cuantía del procedimiento es inferior a 600.000 ? y presenta interés casacional; de acuerdo con el nº 3 del mismo art. 477, presenta interés casacional por oponerse a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en orden a la diligencia que debe emplear el banco para comprobar que quien firma en representación de la sociedad es su administrador social y no otra persona sin poder o con firma falsificada

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto que la cuantía del procedimiento es inferior a 600.000 ? y presenta interés casacional; de acuerdo con el nº 3 del mismo art. 477, presenta interés casacional por oponerse al criterio jurisprudencial seguido por otras Audiencias Provinciales y se interesa que se fije jurisprudencia acerca de si la ausencia de información de las previsiones que maneja el banco sobre la probable evolución futura del índice subyacente al derivado (Euribor, materia prima, inflación) determinan la nulidad por error en un elemento esencial del contrato, siempre que la previsión de evolución en un determinado sentido haya motivado expresamente la contratación.

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto que la cuantía del procedimiento es inferior a 600.000 ? y presenta interés casacional; de acuerdo con el nº 3 del mismo art. 477, presenta interés casacional por oponerse al criterio jurisprudencial seguido por otras Audiencias Provinciales y se interesa que se fije jurisprudencia acerca de si la ausencia de información sobre la forma en que se calculará una posible cancelación anticipada de la permuta financiera contratada, determina la nulidad por error en un elemento esencial del contrato».

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 16 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la mercantil Fermet Metales y Minerales, S.L. contra la sentencia dictada, el 15 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 240/2012, dimanante del juicio ordinario nº 1263/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao [...]».

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

4.- Por providencia de 21 de julio de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 21 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- La mercantil Fermet Metales y Minerales S.L. (en adelante Fermet), tiene como principal objeto social la recuperación y reciclaje de toda clase de chatarras, así como la comercialización, en sus más amplias formas, de minerales y metales, y toda clase de productos relativos a las industrias de comestibles, minerales, materiales, materiales de construcción y similares.

2.- Esta mercantil tenía una relación estable con el Banco de Santander. En fecha 25 de junio de 2003, las partes suscribieron un contrato de pignoración de valores titularidad de Fermet, para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones que ésta tuviera contraídas a favor del banco. En este marco se constituyó un derecho real de prenda sobre una serie de acciones emitidas por Endesa y Unión Fenosa propiedad de Fermet, por importe total de 60.000 euros, que quedaron en posesión del banco.

Tras años de funcionamiento normal de la relación entre el banco y Fermet, en el año 2008 se entablaron negociaciones para la cancelación de las garantías existentes. Estas negociaciones fueron llevadas por el encargado de contabilidad de la empresa por aquella época, D. Jacobo, ya que conocía a una empleada de la sucursal de atención de empresas que el Banco de Santander tenía abierta en Bilbao. Esta empleada insistió en que debían existir más vínculos con el banco para cancelar las garantías y en este contexto se comunicó la necesidad de suscripción de un contrato que cubriera las subidas de inflación.

3.- Entre la documentación recibida y referida a esta operación, remitida el 15 de septiembre de 2008, se encontraba una ficha comercial del producto denominado "swap de gastos de inflación capitalizado anualmente", el documento denominado "confirmación swap ligado a la inflación", compuesto de ocho páginas y dos anexos, un test de idoneidad con preguntas y respuestas ya impresas y el contrato marco de operaciones financieras con once páginas. La firma de la operación se produjo el mismo día 15 de septiembre de 2008.

4.- El día 17 de septiembre de 2009, el banco cargó un importe de 13.491,08 euros en la cuenta bancaria de Fermet, que quedó en descubierto. El representante legal de la empresa interesó sin resultado que el contrato de swap fuera dejado sin efecto. El banco ofreció como única posibilidad de desvincularse del mismo la cancelación de producto, lo que tendría un coste para la empresa de 250.000 euros.

5.- El swap ligado a la inflación objeto de litigio se encuadra en un contrato marco de operaciones financieras, en el que se contienen una serie de condiciones generales aplicables a los swaps u otros productos que el banco pueda ofrecer, y mediante una confirmación, que detalla las condiciones particulares de la operación. En el documento de confirmación se especifican los siguientes extremos:

a) Se califica la operación como una "permuta financiera ligada a inflación".

b) Se expresa como nominal contratado la cantidad de 300.000 euros.

c) La fecha de la operación es 15 de septiembre de 2008, con fecha de inicio de la vigencia del producto el 17 de septiembre de 2008 y vencimiento a los ocho años.

d) Se establece que los días 17 de cada mes de septiembre, comenzando el 17 de septiembre de 2009 hasta el 17 de septiembre de 2016, el Banco pague el importe resultante de aplicar la siguiente fórmula: *importe nominal x tasa de inflación acumulada*, donde la tasa de inflación acumulada se calcula en función del Índice de Precios al Consumo Español del tercer mes anterior a la fecha de inicio, esto es, del mes de junio.



e) Se establece que el cliente pague en las mismas fechas el importe resultante de la fórmula: *importe nominal x tipo acumulado*, donde el tipo acumulado resulta de aplicar el tipo fijo de 3,50 por el número de años transcurrido en cada fecha de pago desde el inicio.

6.- En la demanda se interesó la nulidad radical y absoluta del contrato de gestión de riesgos financieros de 15 de septiembre de 2008, la confirmación del swap ligado a la inflación, y la documentación complementaria, ya que no fueron suscritos por el representante legal de la mercantil demandante, sino por un empleado que carecía de facultades y autorización para ello. Subsidiariamente se pidió la nulidad del contrato por vicios del consentimiento, dada la deficiente información suministrada por el banco, ya que omitió ilustrar al cliente sobre la estructura del contrato, no informó de los riesgos implícitos en el mismo, que dependían de cómo evolucionase en el futuro la inflación, y no se realizó test de idoneidad ni de conveniencia, sino que se presentó un test de idoneidad realizado por la propia entidad bancaria sin intervención del cliente. Por otro lado, también se ocultaron las previsiones de los analistas que preveían una bajada próxima de la inflación. Por último, el ofrecimiento de un instrumento financiero para la cobertura del riesgo de la inflación carecía de sentido y de causa, porque esta empresa no soporta ningún riesgo en cuanto a la elevación de costes como consecuencia de la inflación y de haber alguno, desde luego no en la cuantía del importe nominal del instrumento cuya contratación le fue impuesta.

7.- La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demandante y el juzgado de primera instancia estimó la demanda. Consideró probado que la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características del producto fue deficitaria. Destacó que el contrato marco, enviado vía fax el mismo día 15 de septiembre de 2008 al empleado contable de la empresa, resultaba imposible de leer seguido de principio a fin, por el tamaño pequeño de su letra, por quedar difuso el texto del documento al haber sido remitido vía fax y por quedar oculto parte del texto por el membrete del banco. También argumentó que el banco creó una situación apremiante para su contratación. Esta falta de información que se deduce y que incidió en la formación del consentimiento al provocar un error, fue especialmente trascendente en relación al desenvolvimiento de la cláusula de cancelación anticipada, en la medida en que su redacción no proporciona datos informativos para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta, en el caso de que decida hacer uso de dicha facultad. Además, el test de idoneidad fue realizado por el banco en formato impreso, con anterioridad, por ordenador y presenta incumplimientos de la normativa MIFID. Por último se destacó que en relación al producto contratado "swap ligado a la inflación", existían publicados estudios sobre la evolución futura del IPC, con previsiones de bajadas por debajo del 3%.

8.- Interpuesto recurso de apelación por Banco de Santander, la Audiencia Provincial lo estimó y, con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, desestimó la demanda. Los argumentos en los que fundamenta esta decisión son los siguientes:

(i) En relación a la alegación de que los referidos contratos no fueron suscritos por el administrador único de Fermet, sino por un empleado de la sociedad que no era representante de la misma, la cuestión carece de trascendencia, pues de la documentación aportada por la parte actora con su demanda, se infiere claramente que el empleado no actuaba en su propio nombre, sino como representante de facto de Fermet, o cuando menos, de su administrador único.

(ii) De los dos anexos incorporados al contrato de confirmación, se desprende claramente que la información facilitada fue completa y muy clara en cuanto a que el producto contratado estaba sometido a las fluctuaciones del mercado, de tal modo que los resultados podían experimentar variaciones, tanto al alza como a la baja, pudiendo darse el caso de que existieran liquidaciones negativas para la empresa, es decir, que aunque las previsiones hasta el momento de la contratación fueran de subida de los tipos de interés ligados a la inflación, también se contemplaba la posibilidad de su disminución, y con ello la posibilidad de liquidaciones negativas para el cliente, siendo las explicaciones facilitadas, acompañadas de los correspondientes ejemplos explicativos, muy claras y didácticas y fácilmente entendibles para una persona de una formación media en términos generales, y desde luego, perfectamente para el responsable de contabilidad de la empresa, licenciado en Económicas y Empresariales. Además, no era esta la primera ocasión en que Fermet concertaba la contratación de derivados financieros pues, al menos, consta acreditado que el 20 de diciembre de 2006 había suscrito un contrato de Gestión de Riesgos financieros con la entidad Bankinter y pocos meses antes de la contratación del Swap ligado a la inflación objeto de litigio, convino la actora con Caixa Catalunya un contrato de operaciones de tipo de interés denominado "collar con barreras" que, aunque fue cancelado el 4 de abril de 2009, su suscripción junto con el anterior producto evidencia que la mercantil demandada tenía ya cierta experiencia en la contratación de estos productos financieros de riesgo.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad del recurso.*

1.- Fermet Metales y Minerales S.L. interpuso recurso de casación que articuló en tres motivos:



En el motivo primero, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC , se denuncia que la sentencia vulnera la doctrina establecida por esta Sala en sus sentencias de 29 de marzo de 2007 , 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998 , doctrina que se refiere a la diligencia que debe emplear el banco para comprobar que quien firma en representación de la sociedad es su administrador social y no otra persona sin poder o con firma falsificada. En el desarrollo del motivo se argumenta que el banco sabía quién era el administrador social, el Sr. Maximiliano , y también que su empleado, el Sr. Jacobo , no tenía poderes.

En el motivo segundo, al amparo del mismo ordinal, se denuncia la oposición de la sentencia al criterio jurisprudencial seguido por otras Audiencias y se interesa que se fije jurisprudencia acerca de si la ausencia de información de las previsiones que maneja el banco sobre la probable evolución futura del índice subyacente al derivado (Euribor, materia prima, inflación) determina la nulidad por error en un elemento esencial del contrato, siempre que la previsión de evolución en un determinado sentido haya motivado expresamente la contratación. En su desarrollo se argumenta que el banco no podía desconocer los informes sobre la previsión de la evolución de la inflación, en concreto un informe del Banco de España y otro de la entidad Funcas que preveían este dato en claro descenso, junto con la estabilidad de los precios que era el objetivo principal de política monetaria del Banco Central Europeo.

En el motivo tercero, al amparo también del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , se denuncia la oposición de la sentencia al criterio jurisprudencial seguido por otras Audiencias Provinciales y se interesa que se fije jurisprudencia acerca de si la ausencia de información sobre la forma en que se calculará una posible cancelación anticipada de la permuta financiera contratada, determina la nulidad por error en un elemento esencial del contrato.

3.- Banco de Santander se ha opuesto a la admisión del recurso de casación. Argumenta, en relación a los tres motivos, que ninguno de ellos respeta la declaración de hechos probados de la sentencia. Además, los motivos segundo y tercero incurren en la causa de inadmisión por falta de interés casacional y de indicación de la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y el motivo primero, en orden a su planteamiento, no afectaría a la *ratio decidendi* de la sentencia.

4.- No pueden admitirse las alegaciones que realiza Banesto sobre los defectos formales que presentan estos motivos del recurso.

Sobre esta cuestión, la Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Dijimos en estas resoluciones:

«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.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en 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, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.



Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (*Efstathiou y otros contra Grecia*), 24 de abril de 2008 (*Kemp y otros contra Luxemburgo*), 30 de julio de 2009 (*Dattel contra Luxemburgo*), 5 de noviembre de 2009 (*Nunes Guerreiro contra Luxemburgo*) y 22 de julio de 2010 (*Ewert contra Luxemburgo*).

6.- En este caso, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que, pese a que la técnica del recurso es mejorable, 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. Por último, el motivo primero, en la medida en que cuestiona la firma del contrato y el conocimiento por parte del banco de la persona que podía representar a la empresa, como fundamento de la acción de nulidad por falta de consentimiento que también se ejercitaba en la demanda, no se aparta de la adecuada *ratio* de la sentencia.

7.- En atención a que el planteamiento de los motivos segundo y tercero, guardan una relación lógica al referirse al alcance de los deberes de información y su incidencia en la adecuada formación del consentimiento, se van a examinar conjuntamente.

TERCERO.- *Marco legal y jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. La cláusula de cancelación anticipada.*

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, 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, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras.

Tales resoluciones conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

2.- Cuando se suscribió el contrato cuya nulidad se solicitó en la demanda, ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV) así como el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que la desarrolla. En cualquier caso, la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID («Markets in Financial Instruments Directive», Directiva 2004/39/EC) recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que, además, las empresas que operan en estos mercados deben proporcionar a sus clientes «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una



recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

3.- Así pues, lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, 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 el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banco de Santander pudiera adivinar la evolución futura de la inflación, 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 y de los costes de la cancelación anticipada.

4.- Por otro lado, el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

5.- El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad su naturaleza aleatoria, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para Fermet. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

6.- En este sentido, hemos declarado que las menciones predisuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap, que son deberes inherentes a la labor de asesoramiento derivada de ser la entidad bancaria la que ha ofertado el producto al cliente.



7.- En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el coste de cancelación se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. Lo apreciamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre, en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteramos en otras sentencias posteriores (sentencias 90/2016, de 19 de febrero y 450/2016, de 1 de julio).

Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 669/2015, de 25 de noviembre).

8.- En consecuencia, el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada del índice de referencia y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

Hemos declarado que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

CUARTO.- *Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso litigioso. Estimación del recurso.*



1.- La doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento anterior, lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de inversión citados, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banco Santander a Fermet.

2.- En este sentido, aun reconociendo que el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución futura de la inflación, planteamiento que limitado a esta cuestión podría conducir a desestimar el motivo segundo del recurso, sí, en cambio, existe esa obligación sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente.

3.- En relación a este extremo y con discrepancia de la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida, podemos afirmar que no se ha ofrecido al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias reales de la fluctuación de la inflación al alza o a la baja y de los costes de la cancelación anticipada. Esta necesaria información, como se ha razonado, no puede ser suplida, como hace la sentencia, con el escenario que figura en el anexo documental referido al funcionamiento del swap ligado a la inflación, en donde las pérdidas que se reflejan el primer año no guardan relación alguna con la que se le produjo a la parte. El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo 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 nocional. Lo determinante no es tanto que el trámite de la información aparezca formalmente cumplido, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. La información exigida por la normativa del mercado de valores no se suministra con un simple aviso en el propio contrato presentado a firma en el que se advierte del riesgo de una manera tan genérica, ni con unos escenarios como los incluidos en el contrato, en el que el escenario negativo consistía en que en caso de una evolución de la inflación desfavorable para el cliente, el primer año tendría que pagar 300 euros, y el segundo 960 euros. Como se ha expuesto al resumir los antecedentes del caso, la primera liquidación negativa ascendió ya a 13.491,08 euros. No hacen falta especiales consideraciones sobre la diferencia de magnitud entre el riesgo que fue advertido al cliente, y el riesgo real a que estaba sometido. Además, tampoco se puede olvidar que la documentación contractual se entregó a la empresa el mismo día de su firma, sin que se haya precisado que el cliente hubiera recibido una información precisa acerca de los riesgos reales de la operación con anterioridad a este momento.

4.- Por lo que se refiere a la cláusula que fija el coste de cancelación anticipada, como se observa en el anexo, se limita a recoger una mención de que dicho coste se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, fórmula absolutamente imprecisa que impide conocer si quiera de forma aproximada ese coste o cuales son los concretos parámetros para su determinación. Este defecto de información contribuyó a que el cliente contratara el producto afectado por un error sustancial y trascendente, en cuanto a que, de conocer ese extremo, no se hubiera concertado el producto financiero, máxime atendiendo a la desproporcionada cantidad que fue comunicada por el banco para su cancelación anticipada tras la primera liquidación negativa, alrededor de 250.000 euros cuando el importe nocional pactado ascendía a 300.000 euros, desproporción que no puede quedar amparada por una respuesta formal y previamente impresa en el test de idoneidad, donde se afirma, de forma estandarizada, que se conoce que el coste de cancelación puede ser importante.

5.- Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sin necesidad de resolver el primer motivo del recurso de casación.

QUINTO.- Costas y depósito.

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las devengadas por el recurso. Asimismo, al resultar desestimado el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, deberá condenarse a esta entidad al pago de las costas de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, 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.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Fermet Metales y Minerales, S.L., contra la sentencia de fecha 15 de enero de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 240/2012. 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 de Santander S.A. contra



la sentencia núm. 56/2012, de 28 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao , en el juicio ordinario núm. 1263/10, que confirmamos íntegramente. **3º**- Imponer a Banco de Santander S.A. las costas del recurso de apelación. **4º**- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5º**- 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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ