



Roj: **STS 1864/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1864**

Id Cendoj: **28079110012017100284**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **596/2014**

Nº de Resolución: **292/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 496/2014,**
STS 1864/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Emedec Sociedad Limitada, representada por la procuradora D.ª Nuria Munar Serrano bajo la dirección letrada de D.ª M.ª Dolores Arlandis Almenar, contra la sentencia dictada el 7 de enero de 2014 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 655/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 856/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Torrent, sobre acción de nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por la procuradora D.ª Cayetana de Zulueta Luchsinger y bajo la dirección letrada de D. Antonio Poveda Bañón.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Emedec S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda:

«1.- Declare la nulidad de pleno derecho del contrato de operaciones financieras celebrado entre las partes con fecha 18 de abril de 2008, por error en el consentimiento de la actora inducido por la entidad Banesto, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

»2.- Se impongan las costas a la demandada»..

2.- La demanda fue presentada el 26 de junio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Torrent y fue registrada con el n.º 856/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banesto S.A., fusionada con el Banco Santander S.A. mediante la absorción de la primera por la segunda, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Torrent dictó sentencia 103/13 de fecha 3 de mayo , con el siguiente fallo:

«Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el procurador D. Manuel Ángel Hernández Sanchís, en nombre y representación de Emedec S.L. y, en consecuencia, declaro nulo el contrato de permuta financiera



suscrito entre las partes el día 18/04/2008, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, imponiendo las costas a la parte demandada».

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 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 596/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de enero de 2014, cuyo fallo dispone:

«Estimamos el recurso de apelación promovido por la representación de Banco Santander S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Torrent de 3 de mayo de 2013, que revocamos.

»Desestimamos la demanda formulada por la representación de la entidad Emedec S.L. contra Banco Santander S.A. (por sucesión del Banco Español de Crédito S.A.) al que absolvemos de los pedimentos deducidos por la entidad demandante, con imposición de las costas de la primera instancia.

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

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

1.- Emedec S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único: Al amparo del art. 469,1, 4º, de la LEC, se alega vulneración del derecho al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española que veda las "conclusiones arbitrarias como ilógicas" en la valoración de la prueba generando indefensión».

El motivo del recurso de casación fue:

«Por infracción de los arts. 1265 y 1266 CC en relación al art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (tras la reforma efectuada por la Ley 47/2007), y a los arts. 64 y 66 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión».

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 21 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

« 1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Emedec S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 7 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, en el rollo de apelación n.º 655/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 856/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Torrent.

» 2. No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la recurrente.»

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 6 de marzo de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error vicio del consentimiento, de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap) celebrado con posterioridad a la incorporación al Derecho español de la normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive).

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- EMEDEC S.L. (en adelante Emedec), empresa dedicada a la distribución al por mayor de madera, celebra el día 18 de abril de 2008 con Banco Español de Crédito, S.A. (en adelante Banesto) un «contrato sobre



operaciones financieras (operación de permuta financiera de tipos de interés)». El contrato se celebra por un importe nominal de 500.000 euros, con efectos desde el 22 de abril de 2008 y vencimiento el 22 de abril de 2013.

Tras recibir unas primeras liquidaciones positivas, como consecuencia del desplome de los tipos de interés, Emedec recibe una primera liquidación negativa en el primer trimestre de 2009 y, a partir de octubre de 2009, dirige una serie de escritos y reclamaciones al servicio de atención al cliente, al servicio de reclamaciones y al defensor del cliente de la entidad, al banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El contrato es cancelado el 28 de diciembre de 2011, por iniciativa de Emedec, que suscribió la orden de cancelación con un coste de 27.450 euros.

2.- El 28 de junio de 2011, Emedec interpone demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato celebrado el 18 de abril de 2008 con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Para justificar el error vicio del consentimiento alega, en síntesis, lo siguiente: el producto fue ofrecido al administrador de Emedec por una empleada de Banesto, a la que consideraban en la empresa como asesora, con la finalidad de cubrirse frente a las subidas del tipo de interés en relación con las deudas a tipo de interés variable que soportaba la empresa; se incumplió la normativa «MiFID»; no se proporcionó información previa, por lo que carecían de un conocimiento de la verdadera naturaleza del producto, lo que impidió una adecuada comprensión de los riesgos asumidos; el producto no era adecuado porque no servía como cobertura, que era la finalidad pretendida, ya que ni evitaba la exposición a las fluctuaciones del mercado ni cubría el riesgo específico del cliente, cuyas deudas tenían un vencimiento inferior a los cinco años de duración del contrato litigioso y alcanzaban un importe de 149.230,37 euros, muy inferior al nominal del contrato (500.000 euros).

3.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda alegando, en lo esencial: i) que la acción había caducado, por haber transcurrido más de cuatro años desde la perfección del contrato; ii) que la parte demandante había sido informada de la naturaleza del contrato, de los riesgos que conllevaba y de su verdadero objeto, por lo cual el consentimiento no estuvo viciado por el error.

4.- La sentencia dictada en primera instancia declaró nulo el contrato de permuta financiera celebrado entre las partes, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. En especial, tras rechazar que hubiera transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, por haber sido interpuesta la demanda antes de los cuatro años desde la consumación del contrato, la sentencia apreció la omisión del deber de información que incumbía a la entidad bancaria y que esa falta de información fue determinante del error del consentimiento.

Sus razones fueron las siguientes: i) es aplicable al contrato, atendiendo al momento en que se celebró, la normativa conocida como «MiFID», incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) así como 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, que exige que la entidad ofrezca una información pormenorizada sobre el producto, sobre los costes y gastos que el cliente debe pagar, que la información se ofrezca con suficiente antelación para poder conocer y comprender la información y los riesgos inherentes al producto, así como obtener la información correspondiente conforme a los test de conveniencia o idoneidad, según los casos; ii) que el efecto retroactivo de la declaración de nulidad y sus efectos restitutorios permite declarar la nulidad de contratos que ya se hayan extinguido; iii) que Emedec es clasificada como cliente minorista por la entidad bancaria; iv) que la finalidad del contrato era estabilizar los costes de financiación de Emedec, cubriéndose frente a una posible subida de interés, pero sin embargo no existió correlación entre el producto ofrecido y la deuda pendiente y los plazos de liquidación del swap, en buena medida por el error del banco al calcular el importe de la deuda, al no tener en cuenta el importe ya amortizado de los créditos; de existir esa vinculación entre el swap y los costes financieros de la empresa resultaba lógico pensar que el importe nominal decrecería conforme lo hacía la deuda de Emedec, lo que no sucedía en el producto contratado; v) se considera acreditado que el cliente conoció que podía haber liquidaciones negativas, a pesar de que existe discrepancia entre los testigos acerca de si los empleados explicaron con unas fichas explicativas y de forma gráfica ejemplos de liquidaciones negativas y positivas, y a pesar de que la información contenida en el contrato suscrito resulta un tanto escueta, pues no describe detalladamente la forma de liquidación ni la determinación de los pagos que deberían efectuar las partes dependiendo del tipo de interés existente en cada período; pero, en cambio, no consta, más allá de lo que figuraba en las condiciones generales del contrato que se firmó, que se informara sobre el importe y la forma de cancelación, siendo tal información esencial, al referirse a las posibilidades de desvinculación del contrato; vi) dada la vinculación del producto a la deuda de Emedec es fácil advertir que considerara que al extinguir la deuda quedaba finiquitado el contrato vinculado al mismo, que pretendía estabilizar los costes financieros de dicha deuda; vii) que se prestó el consentimiento contractual en la creencia de que se contrataba un seguro de cobertura para la subida de los tipos de interés,



vinculado al riesgo financiero de la empresa, sin que existiera correlación entre el riesgo financiero y el notional del swap y sin conocer la naturaleza especulativa del producto, lo que permite considerar la existencia de un error esencial; viii) que tal error es excusable dado que su origen se encuentra en la falta de información proporcionada por el banco, sin que pueda apreciarse en la actora negligencia al tiempo de contratar.

5.- Interpuesto recurso de apelación por Banesto, la sentencia de segunda instancia lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda contra Banco Santander S.A. (por sucesión de Banesto).

Con los mismos argumentos que los utilizados por la sentencia de primera instancia, la de segunda instancia rechaza los motivos del recurso de apelación acerca de la caducidad de la acción. Descarta también la improcedencia de la aplicación de la normativa «MiFID». Pero, tras examinar de nuevo las alegaciones deducidas por las partes y los argumentos esgrimidos en los respectivos escritos acaba concluyendo que no procedía apreciar error de consentimiento con causa en el defecto de información precontractual que se denunciaba por la actora.

Sus razones son, en lo que ahora interesa, las siguientes: i) aun cuando no consta la información precontractual suscrita, de la valoración del interrogatorio de parte y de las testificales resulta que sí se presentaron gráficos y se explicaron diversos escenarios; ii) no es usual ni exigible la firma de la recepción de documentos informativos previos; iii) un administrador diligente sí debe exigir para su estudio y análisis los documentos informativos previos; iv) se realizaron test de conveniencia e idoneidad de manera previa a la celebración del contrato; v) no cabe dar carta de naturaleza a la declaración del administrador en el sentido de que el contrato le fue ofrecido como un seguro, puesto que del título del mismo ya se desprende su naturaleza ("Contrato sobre operaciones financieras") y dicho contrato aparece firmado en todas sus hojas; vi) se celebró una reunión previa a la firma del contrato en la que además del administrador de la sociedad estuvo presente el director financiero de la empresa y el mismo ha admitido la existencia de información tanto en referencia a la subida de los tipos de interés como en lo relativo a su caída; vii) la carga de la prueba de la existencia de vicio de consentimiento incumbe a quien la alega; viii) no concurren los requisitos del error como vicio del consentimiento, al no ser inexcusable: el administrador manifestó haber leído el contrato pero no haberlo comprendido, por lo que se niega protección a quien con el empleo de la diligencia que le era exigible podía haber conocido lo que al contratar ignoraba; ix) por lo que se refiere a la evolución de los tipos de interés y la fecha en que se procedió a la celebración del contrato no puede exigirse a una concreta entidad que conociera, en relación con un concreto producto, lo que no se previó en general por personas muy avezadas en temas financieros, ni una brusca caída de los tipos de interés, a partir de determinados acontecimientos de general conocimiento, máxime cuando en el período inmediatamente anterior la tendencia era claramente alcista; x) en el propio contrato se prevé la cancelación anticipada y que la misma podía suponer un coste para el cliente; xi) en la reunión celebrada entre las partes, a la que asistieron el representante legal de la entidad y el director financiero (economista, director de tesorería y contabilidad y empleado de banca con anterioridad) se trató el tema de la cancelación del producto para el caso de producirse liquidaciones negativas, sin que pueda tomarse en consideración la afirmación vertida por el director financiero de la empresa en orden al desconocimiento de que venía vinculada a precios de mercado, pues se indica expresamente este extremo en el apartado f) de la condición general segunda.

6.- La parte demandante interpone contra la sentencia de segunda instancia recurso extraordinario por infracción procesal, que es inadmitido al incurrir en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 473.2.2 LEC).

La demandante interpone también recurso de casación fundado en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC en relación con los arts. 79 bis LMV (tras la reforma efectuada por la Ley 47/2007) y arts. 64 y 66 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

En el recurso se alega interés casacional basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias. Aporta, en concreto las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9.ª, 2/2014, de 7 de enero (que aquí se recurre) y 142/2013, de 7 de mayo , que mantienen la tesis de que, en supuestos como el que nos ocupa, la información prestada por Banesto y el clausulado contractual cumplen las exigencias requeridas legalmente frente a un cliente minorista y comparten que, únicamente por el hecho de ser empresario, se poseen conocimientos suficientes para entender un producto complejo como es un contrato de permuta de tipos de interés. Alega que, por el contrario, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 6ª, 56/2013, de 18 de febrero y sec. 4ª, 350/2012, de 17 de septiembre , mantendrían la tesis contraria.

En el desarrollo del motivo se identifican dos aspectos del problema jurídico que se plantea: a) en relación con el error en el consentimiento, si en contratos como el litigioso, en que la contraparte del cliente minorista es una entidad bancaria, experta en el ámbito financiero y, teniendo en cuenta la diligencia exigible a cada una



de las partes, la información prestada en el contrato resulta suficiente respecto de su naturaleza y de todos los costos de la operación para que un cliente minorista (no profesional) comprenda el verdadero alcance y riesgos de la operación que suscribe; b) si existe información suficiente respecto del coste de cancelación y si este coste resulta un elemento esencial del contrato.

7.- En su escrito de oposición, el banco recurrido ha alegado que el recurso debe ser inadmitido o, en todo caso, desestimado. Se opone a la estimación del recurso porque la sentencia recurrida no solo tiene en cuenta el contenido del contrato para apreciar que no ha existido error vicio del consentimiento sino que, además, ha valorado de manera amplia toda la prueba practicada (declaraciones de parte, documental diferente al propio contrato, como el test de conveniencia e idoneidad y la información precontractual). Por lo que se refiere a la falta de información acerca del coste de la cancelación anticipada argumenta que la sentencia recurrida valora que sí hubo información, a la vista del contrato, del acuerdo de cancelación y de la testifical practicada. Alega que la existencia de un supuesto déficit informativo no es determinante de la existencia de error vicio y que la sentencia recurrida es conforme con la doctrina de la sala sobre el error en contratos como el que es objeto del presente litigio.

Sostiene también el escrito de oposición: que la recurrente solo pretende una tercera instancia, que se efectúe una nueva valoración de la prueba; que no existe interés casacional porque las sentencias de Audiencias Provinciales que se aportan ofrecen diferentes soluciones y fallos dispares porque están en función de hechos concretos distintos; concluye, finalmente que, partiendo de los hechos probados, la sentencia recurrida es conforme a la jurisprudencia de esta sala.

SEGUNDO.- Para resolver sobre la oposición a la admisibilidad del recurso resulta de aplicación la doctrina de esta sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad fijada en auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso 485/2012) y asumida también en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , 331/2016, de 19 de mayo , 579/2016, de 30 de septiembre , 667/2016, de 14 de noviembre , 727/2016, de 19 de diciembre , 2/2017, de 10 de enero y 49/2017, de 2 de marzo .

Según esta doctrina, 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. Según afirman las sentencias 149/2017, de 2 de marzo , 2/2017, de 10 de enero y 667/2016, de 14 de noviembre (con cita de la 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».

Este último criterio resulta de plena aplicación al presente recurso por las siguientes razones:

1.ª) Los problemas jurídicos están suficientemente identificados: se impugna la valoración del tribunal sobre la suficiencia de la información suministrada por la entidad bancaria para cumplir con los deberes previstos en la normativa, «lo que constituye propiamente una valoración jurídica apoyada en los hechos probados, que tan sólo se puede impugnar mediante el recurso de casación» (sentencia 731/2016, de 20 de diciembre).

2.ª) La infracción alegada aparece convenientemente desarrollada, puesto que se identifican correctamente los que atañen al caso y se consideran infringidos (arts. 1265 y 1266 CC en relación con el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y arts. 64 y 65 del RD 217/2008, de 15 de febrero , sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión).

3.ª) A lo anterior se une la existencia de interés casacional, puesto que la razón decisoria de la sentencia recurrida puede entrar en contradicción con la jurisprudencia consolidada de esta sala sobre el error vicio en los contratos de inversión complejos. Con independencia del acierto en la selección de las sentencias de las Audiencias Provinciales citadas en el recurso, con posterioridad a su formulación se ha consolidado un cuerpo jurisprudencial que acredita la existencia de interés casacional (en el mismo sentido, para un caso similar, sentencia 107/2017, de 17 de febrero).



Todo ello «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» (sentencias 667/2016, de 14 de noviembre, 149/2017, de 2 de marzo), «adaptándose a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa» (sentencia 562/2016, de 23 de septiembre, 149/2017, de 2 de marzo).

TERCERO.- Aunque la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa «MiFID» recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores (en vigor desde el 21 de diciembre de 2007 y, por tanto, vigente cuando se celebró el contrato a que se refiere el litigio de que trae causa el presente recurso de casación) acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

Esta sala ha dictado ya un importante número de sentencias que, como resume la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre, 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.

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1.º) Cuando se presta el servicio de asesoramiento financiero pesa sobre la entidad un deber que no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta sala 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 102/21016, de 25 de febrero, 727/2016, de 19 de diciembre).

De manera coherente con la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), esta sala ha reiterado, a partir de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que el banco presta un servicio de asesoramiento en materia de inversiones cuando ofrece la suscripción de un producto (criterio que sigue, entre otras, la sentencia de esta sala 677/2016, de 16 de noviembre).

Asimismo, como se dijo en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero y 411/2016, de 17 de junio, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

2.º) Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (así, sentencia 149/2017, de 2 de marzo y sentencia 694/2016, de 24 de noviembre, con cita de las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 769/2014, de 12 de enero y 489/2015, de 16 de septiembre).

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 como las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. En particular, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap: 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 689/2015, de 16 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 562/2016, de 23 de septiembre, 149/2017, de 2 de marzo).

3.º) Por lo que se refiere al coste de cancelación, esta sala ha reiterado que, cuando un contrato de las características del swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto y sus concretos riesgos, también alcanza al coste que le podría suponer en un



periodo de bajada de intereses, la cancelación del swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

De acuerdo con esta doctrina de la sala, aunque 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, el banco debía informar cuando menos 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 , 594/2016, de 5 de octubre , 669/2015, de 25 de noviembre , 90/2016, de 19 de febrero , 450/2016, de 1 de julio , 594/2016, de 5 de octubre y 212/2017, de 31 de marzo).

4.º) En cuanto a la trascendencia del cumplimiento insuficiente de los deberes de información en la validez del consentimiento, esta sala ha reiterado que no comporta necesariamente la existencia de 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. Lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

CUARTO.- Antes de entrar a resolver el recurso de casación, como consideración previa, es preciso recordar que es criterio de esta sala el de que la valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y su suficiencia, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación. En el caso, las razones de la decisión adoptada por la sentencia recurrida se basan en una valoración jurídica de la cuestión que no se ajusta a los criterios que esta sala ha considerado que deben regir en la apreciación del error vicio en la contratación de productos financieros.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial de esta sala, resumida en el fundamento jurídico anterior, determina la estimación del motivo y del presente recurso por las siguientes razones:

1.ª) Partiendo de los hechos probados, en este caso hubo asesoramiento por parte de Banesto, pues ofreció la suscripción del producto a Emedec. Esta sociedad, a efectos de las normas aplicables a quienes prestan servicios de inversión, era un cliente minorista y como tal la clasificó el banco. En consecuencia, el banco estaba obligado al estricto cumplimiento de los deberes de información referidos.

2.ª) Los datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible de acuerdo con la doctrina de esta sala.

El razonamiento de la Audiencia, sobre la base de lo que realmente declara probado (no consta la información realmente proporcionada, pero hubo referencia tanto a la subida como a la caída de los tipos de interés y «se trató» el tema de la cancelación) contraría la reseñada jurisprudencia. La Audiencia parte de que la carga de la prueba del error incumbe a quien la alega y de que un administrador diligente debería exigir los documentos informativos previos a la contratación para su estudio y análisis, de modo que si no entendió el contrato, pese a haberlo leído, con el empleo de la diligencia que le era exigible bien pudo conocer lo que ignoraba. Tiene en cuenta también que se realizó test de conveniencia e idoneidad y que el contrato está firmado en todas las hojas y que en él se hace referencia tanto a la subida como a la caída de los tipos de interés y a la cancelación del producto a precios de mercado y que sobre este tema se habló en la reunión a la que asistió también el director financiero de la empresa. Sin embargo, la Audiencia Provincial no afirma que se advirtiera expresa y suficientemente sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada.

3.ª) Esta sala ha reiterado que la recomendación de un producto complejo y arriesgado, como es el swap respecto a una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de los préstamos contraídos, debe ir acompañada de la advertencia de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del Euríbor (entre las más recientes, sentencias 668/2016, de 14 de noviembre , 676/2016, de 16 de noviembre , 732/2016, de 20 de diciembre).

No se trata de que el banco demandado pueda adivinar la evolución futura de los tipos de interés, pero esta sala ha repetido en múltiples resoluciones que 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 drástica y abrupta de los tipos de interés (sentencias 195/2016, de 29 de marzo , 727/2016, de 19 de diciembre , 177/2017, de 13 de marzo).

Según dijo la sala 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.

4.ª) 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. La mención en el contrato de que el coste de cancelación se fijaría por el banco «de acuerdo con los precios de mercado», más que de una información, 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. (entre otras, sentencias 594/2016, de 5 de octubre , 212/2017, de 31 de marzo).

5.ª) A la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala viene declarando que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, 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 (sentencias 149/2017, de 2 de marzo y 579/2016, de 30 de septiembre , con cita de otras anteriores).

No es determinante, a estos efectos, que el administrador de la recurrente fuera licenciado pues, como ha reiterado la sala, ni cualquier capacitación profesional, relacionada con el derecho y la empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume (en este sentido, sentencias 60/2016, de 12 de febrero , 727/2016, de 19 de diciembre , 11/2017, de 13 de enero). Por la misma razón, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, la realización de un test estereotipado de conveniencia e idoneidad, como un anexo meramente formal del conjunto documental de la operación resulta irrelevante a efectos de considerar acreditado el cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad (sentencias 689/2016, de 23 de noviembre , 747/2015, de 29 de diciembre).

6.ª) Tampoco el hecho de que en la contratación interviniera el director financiero de la empresa excluye el carácter excusable del error, pues ha reiterado esta sala (entre otras, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 13 de noviembre y 11/2017, de 13 de enero) que 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 en el presente supuesto no se ha afirmado por los órganos de instancia que este director financiero fuera experto en la contratación de productos financieros complejos del tipo de los contratados.

QUINTO.- En conclusión, partiendo de los hechos probados, no puede considerarse que el banco cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación. Por tanto, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos.

Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable, sin que en el caso hayan quedado acreditadas ninguna de las circunstancias que permitan desvirtuar tal presunción.

SEXTO.- De todo lo anterior se desprende que procede la estimación del único motivo del recurso, la anulación de la sentencia recurrida, la desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y la confirmación de la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas, por ajustarse al art. 394.1 LEC .



Conforme al art. 398.2 LEC , la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

Procede condenar a la apelante al pago de las costas ocasionadas por el recurso de apelación, de conformidad con los arts. 394 y 398 LEC .

Conforme a la disposición adicional 15.ª apartado 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 EMEDEC S.L. contra la sentencia 2/2014 dictada el 7 de enero de 2014 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación nº 655/2013 .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º**- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 Torrent (Valencia) (antiguo Mixto 7) en las actuaciones de juicio ordinario n.º 856/2012, que se confirma incluso en su pronunciamiento sobre costas. **4.º**- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación. Se condena a Banco Santander S.A. al pago de las costas del recurso de apelación. **5.º**- Devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. 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.