



Roj: **STS 2045/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2045**

Id Cendoj: **28079110012017100322**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **2357/2014**

Nº de Resolución: **329/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 1640/2014,**
STS 2045/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Ibaluce S.L., representada por el procurador D. Jacobo García García bajo la dirección letrada de D.^a Ingrid Sumarroca Hurtado contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2014 por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación núm. 171/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 757/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida NCG Banco S.A., representado por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D.^a Sonia Martínez López.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Ibaluce S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo. Orense y Pontevedra (Novacaixagalicia) en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Con carácter principal:

»1. Se declare la nulidad del Contrato de Cobertura de Tipos Número 39242435 firmado entre NOVACAIXAGALICA e IBALUCE, S.L. con fecha 30 de enero de 2008.

»2. Se declare la nulidad de las liquidaciones practicadas y de las que se practiquen en virtud del contrato litigioso. Debiendo devolverse a la parte actora las cantidades pagadas a consecuencia de las liquidaciones practicadas, así como las que, en su caso, se sigan devengando con posterioridad a la presentación de esta demanda y que se fijarán en el momento de ejecución de sentencia. Se deje sin efectos las reclamaciones de deuda por las liquidaciones no satisfechas.

»3. La demandada reintegre de las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia, referidas a intereses por descubierto y comisiones que se devenguen por impagos de cuotas, en el caso de que se diera su existencia.

»4. No se aplique coste alguno por vencimiento anticipado del Contrato.

»5. Se pronuncie expresa condena en costas a la demandada.

»Con carácter subsidiario:



- »1. Se declare la anulabilidad del Contrato de Cobertura de Tipos n.º 39242435 firmado entre Novacaixagalicia e Ibaluce S.L. con fecha 30 de enero de 2008.
- »2. La demandada devuelva a la parte actora las cantidades pagadas a consecuencia de las liquidaciones practicadas, así como las que, en su caso, se sigan devengando con posterioridad a la presentación de esta demanda y que se fijarán en el momento de ejecución de sentencia. Se deje sin efectos las reclamaciones de deuda por las liquidaciones no satisfechas.
- »6. La demandada reintegre de las cantidades que se fijen en ejecución de sentencia, referidas a intereses por descubierto y comisiones que se devenguen por impagos de cuotas, en el caso de que se diera su existencia.
- »7. No se aplique coste alguno por vencimiento anticipado del Contrato.
- »8. Se pronuncie expresa condena en costas a la demandada.
- »Y, en su virtud, se condene a la demandada:
- »1) A estar y pasar por las anteriores declaraciones.
- »2) A pagar a mi representado la cantidad que se fije en ejecución de sentencia.
- »3) Al pago de las costas judiciales por imperativo legal y su evidente temeridad y mala fe en caso de oponerse a nuestras justas pretensiones».

2.- La demanda fue presentada el 26 de julio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña y fue registrada con el n.º 757/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada

3.- NCG Banco S.A, sucesor procesal de Novacaixagalicia, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña dictó sentencia núm.17/2013 de fecha 21 de enero , con el siguiente fallo:

«Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Ibaluce S.L. contra Novacaixagalicia, y debo declarar y declaro la nulidad del contrato suscrito entre los hoy litigantes, con la consecuente restitución de las prestaciones y debiendo determinarse el saldo en ejecución de sentencia, y todo ello, con imposición de costas a la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A. Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 171/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Que con estimación del recurso de apelación de la demandada NCG Banco S.A., revocamos la sentencia apelada y, en su lugar, desestimamos la demanda de la actora Ibaluce S.L. y absolvemos de sus pretensiones a la nombrada demandada, todo ello sin mención de las costas de ambas instancias y devolución del depósito constituido para recurrir».

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

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

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente:

«Al amparo del motivo 2.º del apartado primero del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 217, apartados 1 y 7 de esta Ley , sobre la carga de la prueba».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.3 en relación con los arts. 477.1 y 477.2.3º, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de los arts. 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero , en resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe doctrina jurisprudencial.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.3 en relación con los arts. 477.1 y 477.2.3º, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los apartados 2 y 3 del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y del art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , en resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe doctrina jurisprudencial».



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 Ibaluce S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 30 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, en el rollo de apelación n.º 171/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 757/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de La Coruña».

»[...]

» 3. 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 quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 3 de abril 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 16 de mayo, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de un contrato de permuta financiera de tipos de interés 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).

1.- IBALUCE S.L. (en adelante Ibaluce), dedicada a actividades o negocios de promoción y demás inmobiliarios, suscribió en fecha 31 de enero de 2008 con Caixa Galicia escritura de contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre un edificio vivienda, por un capital de 1.350.000 euros, plazo de amortización de 300 meses (fin 31/1/2033), e interés inicial del 5,60% anual durante unos meses, y después variable según modificaciones de Euribor a 12 meses + 0,50%, con un máximo hipotecario del 12%. Igualmente firmó el 30 de enero de 2008 un contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS), plasmado en el contrato marco para cobertura de operaciones financieras y el de confirmación de cobertura de tipos de interés por duración de 30/7/2008 a 30/7/2012, un importe nominal de 1.200.000 euros, un tipo fijo del 4,35% y un tipo de interés variable de referencia euribor 12 meses, con liquidaciones trimestrales.

El producto le fue presentado e informado verbalmente por empleado de la caja como un instrumento de cobertura del riesgo de variaciones al alza del índice de referencia tomado para el tipo de interés variable pactado en el indicado préstamo en un momento de tendencia alcista, teniendo que pagar la diferencia en caso de bajada de tipos por debajo del fijo pactado del 4,35%.

La entidad demandada abonó a la actora cuatro liquidaciones trimestrales positivas, hasta el 30/07/2009, por suma total de 12.641.18 euros, siendo las restantes, hasta el 30/7/2012, negativas por una suma de 98.342,58 euros.

2.- Ibaluce interpuso demanda contra NCG en la que solicitó la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS), plasmado en el contrato marco para cobertura de operaciones financieras y el de confirmación de cobertura de tipos de interés.

La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato suscrito entre las partes con la consiguiente restitución de las prestaciones y remitiendo para la ejecución de sentencia la determinación del saldo.

Tras una extensa exposición sobre los contratos de swaps, la normativa europea y española sobre los deberes de información de las entidades de servicios de inversión y de la doctrina sobre el error como vicio del consentimiento, la sentencia tiene en cuenta, en relación con el caso concreto, las siguientes razones: i) la lectura del condicionado general del denominado el contrato marco y de la confirmación de cobertura de tipos de interés, pone de manifiesto lo complejo, farragoso y de difícil comprensión del funcionamiento básico del producto, lo que exige probar una información pormenorizada, comprensible y cercana a las condiciones subjetivas del cliente; ii) el carácter novedoso del producto exige una especial diligencia en las entidades que lo ofertan y lo que se hizo fue comercializar como «producto de calle» un producto propio de la actividad profesionalizada de las entidades sin adoptar las cautelas necesarias ante la condición de los



nuevos destinatarios; iii) la testifical de un empleado de la entidad no es prueba suficiente ante la ausencia de documentos que plasmen ejemplos claros y concretos de alternativas posibles y consecuencias cuantificadas de la ulterior fluctuación de los factores variables.

3.- La demandada interpuso recurso de apelación en el que argumentó que el contrato marco para cobertura de operaciones financieras y el de confirmación de cobertura de tipos de interés contenían todas las especificaciones y condiciones del producto. Que del contenido o clausulado del contrato marco y de confirmación resultaría claramente de lo que se trataba, sus términos, condiciones, efectos o consecuencias y las advertencias de los riesgos de esta operación, que se aceptaron expresamente. En particular, la documentación contractual, se dice, contiene continuas referencias a las liquidaciones y a los cargos, cuándo paga el cliente y cuándo recibe, según la diferencia inferior o superior entre el euribor a 12 meses y el tipo fijo pactado en el contrato (4,35%). También por lo que se refiere a la facultad del cliente de cancelar anticipadamente. Se añade que tampoco cabría dudar de la idoneidad del contrato para el fin buscado y que nada hacía suponer en enero 2008 la brusca caída de los tipos de interés, propiciada en gran parte por la quiebra de la banca Lehman. Aduce que el contrato no tendría carácter especulativo, al estar anudado al préstamo hipotecario y a las eventuales subidas de los tipos de interés que se trataba de cubrir.

Alega que, en todo caso, el error sería inexcusable en atención a las circunstancias (el contrato lo celebra el administrador de una sociedad con un importante volumen de negocio; el contrato alcanza un importe de 1.200.000 euros; se firman tres documentos distintos) y a la falta de prueba de maquinaciones engañosas.

La parte actora-apelada alegó en contra de los diversos alegatos del recurso y en apoyo de la sentencia.

4.- El recurso fue estimado por la Audiencia Provincial.

Tras una extensa explicación de la naturaleza de los contratos de swaps, la regulación aplicable y una exposición sobre la interpretación jurisprudencial del error como vicio de la voluntad, la sentencia cita la doctrina de la sala contenida en las sentencias de 29 de octubre de 2013 y de 20 de enero de 2014 y acaba concluyendo que, en el caso, no son convincentes las razones de la sentencia de primera instancia, «al suscitarse serias dudas sobre la existencia del error con los requisitos en cuestión, lo que perjudica a la parte actora».

Las razones de la sentencia de segunda instancia son, de modo sintético, las siguientes: i) aunque la demandante es legalmente minorista y no consta la preparación en matemática financiera del administrador, no se trata de un simple consumidor, sino de un administrador de una sociedad dedicada a las promociones e inversiones inmobiliarias y, por tanto, presumiblemente habituada a recurrir de manera importante a la financiación; ii) que ni la asimetría ni la falta de información determinan necesariamente que el consentimiento se haya prestado con error para invalidar el contrato; iii) que para ello debe quedar plenamente probado el error esencial e inexcusable en el momento de contratar, por lo que las dudas perjudican al reclamante; iv) que el resultado económico posterior favorable o desfavorable no altera lo anterior, pues la bajada de los tipos y los abonos que debía realizar el cliente tenían su contrapartida en los abonos que debía realizar el banco si subían los tipos; v) se valora la testifical del director del oficina, aunque por sí sola no sería suficiente; vi) finalmente, se entiende que, si bien no se hicieron ejemplos de simulaciones concretas numéricas, ni en persona ni en los documentos y que la información verbal no se extendió a todos los detalles ni se le dedicó excesivo tiempo, resulta seriamente dudoso en el conjunto de circunstancias expuestas, entre ellas la importancia económica de la operación, que el administrador hubiera incurrido en un error como el invocado, siendo la conclusión contraria, en el sentido de que todo ese conjunto indica más bien que sí sabía lo esencial o relevante del contrato, en qué consistía, su funcionamiento y método de cálculo de las liquidaciones trimestrales, CxTxR, según diferencial de variación de tipos de intereses por encima o por debajo del tipo fijo pactado en el swap, y no resulta que no estuviera advertido suficientemente de que, dependiendo del resultado en uno u otro sentido, no solo podría tener derecho a cobrar del banco sino también de que podría tener la obligación de pagar el correspondiente diferencial.

5.- Ibaluce interpone recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en segunda instancia.

Se inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal por incurrir el motivo en la causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento y se admite el recurso de casación en el que, en lo sustancial, se plantea el alcance del deber de información y su incidencia como error vicio.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de dos motivos que serán estudiados conjuntamente porque ambos se refieren a los criterios que permiten valorar jurídicamente la existencia de error invalidante del contrato en atención al cumplimiento de los deberes de información que incumben a las entidades que comercializan productos financieros complejos.



1.- El tenor literal de los motivos es el siguiente:

«1º.- Al amparo del art. 477.3 en relación con los arts. 477.1 y 477.2.3º LEC , por infracción de los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de los arts. 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero , en resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe doctrina jurisprudencial.

»2º.- Al amparo del art. 477.3 en relación con los arts. 477.1 y 477.2.3º LEC , por infracción de los apartados 2 y 3 del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y del art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , en resolución de puntos y cuestiones sobre los que existe doctrina jurisprudencial».

En el desarrollo de ambos motivos se expone que se fundan en la infracción de las normas legales que contienen el deber de información en la contratación de productos financieros, en concreto del art. 79 bis LMV, introducido por la Ley 47/2007 y sus consecuencias en relación con la apreciación del error vicio del consentimiento.

En el recurso se alega interés casacional basado en oposición de la sentencia recurrida a la doctrina contenida en las sentencias 387/2014, de 8 de julio , 385/2014, de 7 de julio , 384/2014, de 7 de julio y 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

Se argumenta que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina de la sala que presume la existencia de error vicio del consentimiento en los casos en los que, existiendo asesoramiento por parte del banco, no se realiza sin embargo el test de idoneidad. Se argumenta también que la sentencia no entra a valorar si las menciones de los riesgos contenidas en la documentación contractual son suficientemente ilustrativas de los riesgos que asumía al contratar; que el administrador no tenía conocimientos de productos financieros complejos; que el error es excusable porque la documentación se le entregó el mismo día de la suscripción del contrato y ese mismo día se cumplimentó el test de conveniencia; y que «la carga de la prueba del error» (sic) recae sobre el profesional financiero por cuanto se presume el error derivado del deber legal de la entidad de realizar el test de idoneidad.

2.- El demandado recurrido presenta escrito de oposición al recurso, en el que no alega causas de inadmisión. Tras un extenso resumen de lo sucedido en la instancia y transcripción de la sentencia de la segunda instancia, el escrito, de manera «previa» a las razones de su oposición, expone unas consideraciones generales sobre el error como vicio del consentimiento, afirma que la sociedad recurrente no tiene la condición de consumidor y dice que la sentencia recurrida declara como hechos probados que no demostró la ausencia de información sobre la esencia de los contratos.

TERCERO.- Procede estimar ambos motivos del recurso por las razones que se exponen a continuación.

1.- Cuando se celebró el contrato de permuta financiera, el 28 de enero de 2008, ya estaba en vigor la normativa MiFID cuya infracción se denuncia. En consecuencia, el producto financiero a que se refiere el contrato se rige, en cuanto a su comercialización, por lo previsto en los arts. 78 bis y 79 bis LMV tras la promulgación de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , desarrollados por 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.

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.

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 (art. 79 bis. 6 LMV). 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.

2.º) Los 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).

2.- En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, la sala ha advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan reseñados deberes de información expuestos: «(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencias 559/2015, de 27 de octubre, 120/2017, de 23 de febrero).

A la vista de lo acreditado en la instancia, en el caso que da lugar al presente recurso, no cabe duda de que Ibaluce es un cliente minorista (art. 78 bis.4 LMV) y así lo declara con acierto la sentencia recurrida. Tampoco cabe duda de que Caixa Galicia llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues la sentencia recurrida considera probado que el producto le fue presentado e informado al administrador por un empleado de la caja como un instrumento de cobertura del riesgo. En el caso el mismo día de la firma del contrato se realizó un test de conveniencia y no un test de idoneidad y, aunque este es un dato que, por sí mismo, puede resultar irrelevante si se han cumplido los deberes de información (sentencias 176/2017, de 13 de marzo y 210/2017, de 30 de marzo), para ello es preciso que la instancia considere probado que el cliente fue informado de la naturaleza y riesgos del producto, lo que en el caso no sucede.

En el presente caso, la sentencia recurrida no considera como hecho probado que hubiera información suficiente, sino que a partir de los hechos probados considera que la existencia de dudas sobre la concurrencia del error perjudica al cliente porque, si bien legalmente es un cliente minorista, no es un consumidor, sino administrador de una sociedad dedicada a las promociones inmobiliarias y por tanto «presumiblemente» habituada a recurrir de manera importante a la financiación bancaria y a conocer y negociar sus condiciones, especialmente en un caso en el que la operación tenía una elevada cuantía económica y estaba anudada a un préstamo hipotecario a interés variable. La sentencia admite que no se hicieron ejemplos de simulaciones concretas numéricas, «ni de cara a cara ni en los documentos» y que «hasta puede que la información verbal no se extendiera a todos los detalles ni se le dedicara excesivo tiempo», pero concluye que «resulta seriamente dudoso en el conjunto de circunstancias expuestas, entre ellas la importancia económica de la operación, que el administrador hubiera incurrido en un error como el examinado».

Esta sala ha reiterado que una capacitación profesional, relacionada con el derecho y la empresa o la actividad financiera ordinaria de una compañía no permiten presumir la 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). Contra lo que es doctrina de la sala, la sentencia considera que, como se trata de una empresa con cierto volumen de negocio y como la operación contratada es de una elevada cuantía, la falta de prueba sobre la información que se proporcionó perjudica a la actora.

En definitiva, no ha quedado probado que la sociedad recurrente recibiera información clara y completa sobre los concretos riesgos y, en particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

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 (sentencias 560/2015, de 28 de octubre , 840/2013, de 20 de enero de 2014).

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 estimarse el recurso de casación y desestimar el recurso de apelación interpuesto por NCG contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

CUARTO.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a NCG (en la actualidad ABANCAJA) las costas causadas por ese recurso, de conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC . No procede en cambio hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación, según determina el art. 398.2 LEC .

Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

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

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por IBALUCE S.L. contra la sentencia 227/2014 de 30 de junio, dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación n.º 171/2013 .

2º.- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3º.-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada NOVACAIXAGALICIA (en la actualidad ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A.) contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña en las actuaciones de juicio ordinario n.º 757/2011, que se confirma incluso en su pronunciamiento sobre costas. **4º.-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación. **5º.-** Se condena a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. al pago de las costas del recurso de apelación. **6º.-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación. 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.