



Roj: **STS 2017/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2017**

Id Cendoj: **28079110012018100315**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2018**

Nº de Recurso: **2702/2015**

Nº de Resolución: **333/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 333/2018

Fecha de sentencia: 01/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2702/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería, sección 1.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2702/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 333/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 1 de junio de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la entidad demandante Hermanos Iglesias Acuyo S.L., representada por el procurador D. Victorio Venturini Medina bajo la dirección letrada de D.^a Beatriz Carbonell Rebolleda y D.^a Irache Agulló Pascual, contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2015 por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación n.º 692/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 885/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de El Ejido, sobre nulidad de contrato de permuta financiera y restitución de prestaciones. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de octubre de 2012 se presentó demanda interpuesta por Hermanos Iglesias Acuyo S.L. contra «Banco Santander Central Hispano S.A.» solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«i. Declare el consentimiento prestado por HERMANOS IGLESIAS, S.L. en la contratación del Contrato Marco de Operaciones Financieras y del Swap Bonificado 12x12, así como del Swap Flotante Bonificado viciado por error y dolo, vicios éstos provocados por BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.

»ii. Declare la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras y del Swap Bonificado 12x12, suscritos ambos el 23 de marzo de 2006, así como del Swap Flotante Bonificado suscrito el 3 de junio de 2008, como consecuencia de los referidos vicios en el consentimiento.

»iii. Declare la oscuridad y abusividad de las cláusulas que contiene el Contrato Marco de Operaciones Financieras y del Swap Bonificado 12x12, suscritos ambos el 23 de marzo de 2006, así como del Swap Flotante Bonificado suscrito el 3 de junio de 2008.

»iv. Declare la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras y del Swap Bonificado 12x12, suscritos ambos el 23 de marzo de 2006, así como del Swap Flotante Bonificado suscrito el 3 de junio de 2008, como consecuencia de la oscuridad y abusividad de las cláusulas contractuales.

»v. Condene a HERMANOS IGLESIAS, S.L. y a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. a restituirse mutuamente las prestaciones entregadas en virtud del Swap Bonificado 12x12 y del Swap Flotante Bonificado, con sus correspondientes frutos e intereses.

»vi. Condene a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. al pago de las costas devengadas en el presente procedimiento».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de El Ejido, dando lugar a las actuaciones n.º 885/2012 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 26 de diciembre de 2013 con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora, Sra. Contreras Navarro, en nombre y representación de HERMANOS IGLESIAS SL,

»1. No ha lugar a declarar nulo el contrato marco de operaciones financieras suscrito por las partes en fecha 23 de marzo de 2006.

»2. Debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de permuta de tipos de interés suscritos por las partes en fechas, respectivamente, 24 de marzo de 2006 y 3 de junio de 2008.

»3. Debo condenar y condeno a Banco Santander SA a abonar a Hermanos Iglesias SL las cantidades de SEISCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS (663 euros) como liquidación del contrato de 24 de marzo de 2006 y la de TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON SETENTA CENTIMOS (378.889,70 euros), como liquidación del contrato de 3 de junio de 2008.

»4. Debo condenar y condeno a Banco Santander SA a abonar a la actora los intereses legales de las cantidades que le fueron satisfechas por ésta en base a los contratos declarados nulos, desde la fecha del abono de cada una de dichas cantidades, previa deducción de los intereses legales que, a su vez, fueron abonados, en virtud de cada liquidación, por el Banco Santander SA a Hermanos Iglesias SL.

» No ha lugar a emitir especial pronunciamiento sobre costas».



CUARTO.- Interpuesto por la parte demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandante y que se tramitó con el n.º 692/2014 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, esta dictó sentencia el 26 de mayo de 2015 con el siguiente fallo:

«Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada el día 26 de diciembre de 2013 por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ejido en autos de Juicio Ordinario 885/2012 del que deriva la presente alzada, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución, y en su lugar, desestimamos la demanda rectora de esta litis, absolviendo a la parte demandada Banco de Santander S.A. de las pretensiones formuladas en su contra, con imposición a la actora de las costas de la primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento de las originadas en esta alzada».

La sentencia contenía el voto particular discrepante de un magistrado en el sentido de que la sentencia de primera instancia debió ser mantenida y desestimado el recurso de apelación.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandante-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de un motivo único con la siguiente formulación:

«ÚNICO.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC por infracción del artículo 24 de la Constitución como consecuencia de la arbitrariedad y error patente y manifiesto en la valoración de la prueba».

El recurso de casación, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a doctrina jurisprudencial de esta sala, se componía de dos motivos con la siguiente formulación:

«PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por vulneración de la sentencia *a quo* de los artículos 79 bis 6 y 79 bis 7 de la LMV en relación con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los desarrolla según las sentencias 384/2014 de 7 de julio de 2014 y 387/2014 de 8 de julio de 2014.

»SEGUNDO.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por vulneración de la sentencia *a quo* del artículo 79 bis apartados 1 a 3 de la LMV en relación con la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los desarrolla según las sentencias 385/2014 de 7 de julio de 2014 y 110/2015 de 26 de febrero de 2015».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 10 de enero de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la inadmisión de los recursos, o en su defecto, su desestimación, con imposición de costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 10 de mayo del corriente año 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 siguiente día 24, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante de los presentes recursos de casación y por infracción procesal versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de dos contratos de permuta financiera (*swap*) de tipos de interés, el primero celebrado antes y el segundo con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Los antecedentes más relevantes para la decisión de los recursos son los siguientes:

1.- La hoy recurrente, Hermanos Iglesias Acuyo, S.L. (en adelante Acuyo), sociedad familiar integrada por dos hermanos (socios y administradores de la entidad), dedicada desde sus inicios (en 2003) a la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles y a la explotación de fincas rústicas, suscribió el 23 de marzo de 2006 con Banco Santander Central Hispano S.A. (luego Banco Santander S.A., actual parte recurrida), a propuesta de esta entidad financiera, un «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (CMOF) y, en el seno del mismo, un contrato de «confirmación» de operación tipo *swap* o permuta financiera de tipos de interés («*Swap* Bonificado 12x12») con un nominal inicial de 374.713,81 euros, fecha de operación el 24 de marzo de 2006, fecha de inicio el 31 de octubre de 2006 y fecha de vencimiento el 31 de octubre de 2011 (doc. 3 de la demanda).

En ejecución de esta operación se giraron tres liquidaciones positivas para la cliente por importe total de 4.427,86 euros y, a partir del cuarto año, dos liquidaciones negativas por importe total de 5.090,86 euros (lo que, por tanto, arrojaba un resultado negativo de 663 euros).



2.- El 3 de junio de 2008 ambas partes suscribieron un segundo contrato *swap* («*Swap* Flotante Bonificado») con un nominal de tres millones de euros, fecha de inicio el 9 de junio de 2008 y fecha de vencimiento el 11 de junio de 2012 (doc. 4 de la demanda).

En ejecución de esta operación se giraron liquidaciones positivas para la cliente por importe de 2.287,50 euros y liquidaciones negativas por importe de 381.177,20 euros (es decir, 378.889,70 euros de resultado negativo).

3.- El 8 de octubre de 2012 Acuyo demandó a dicho banco solicitando la anulabilidad del CMOF y de ambas permutas financieras, por error en el consentimiento, así como su nulidad radical por «oscuridad y abusividad» de sus cláusulas, con recíproca restitución de prestaciones «con sus correspondientes frutos e intereses». En síntesis, aducía: (i) que los contratos se habían suscrito guiándose los hermanos Raúl por la confianza que tenían depositada en la entidad financiera después de años de relaciones comerciales, en particular en su director, y (ii) que dicha entidad, lejos de advertirles de los riesgos en los términos normativamente exigidos, había actuado de forma engañosa o mendaz al ofrecerles dicho producto.

4.- El banco demandado se opuso a la demanda sosteniendo la validez de los contratos suscritos y alegando, en síntesis: (i) que había cumplido los deberes de información que le incumbían según la normativa aplicable a cada contrato al comunicar a la cliente la naturaleza y riesgos que comportaban tales operaciones, incluido el coste de cancelación anticipada; (ii) que la demandante tenía conocimientos financieros suficientes para entender el producto por su elevado volumen de negocios y por contar con los conocimientos y asesoramiento de otras entidades de las que formaba parte (por ejemplo, Agrosol Export S.L.); (iii) que el primer contrato (de 2006) fue ejecutado en su integridad y venció en 2011, por lo que no podía declararse nulo; (iv) que el segundo contrato (de 2008) se suscribió a petición de la cliente, tras practicarle un test de conveniencia, cuando ya tenía constancia del resultado del anterior *swap*, y en previsión de tipos al alza, sin que nada se reclamase hasta que aparecieron las liquidaciones negativas (es decir, hasta que los tipos bajaron); (v) que no resultaba de aplicación la normativa sobre consumidores y usuarios; y (vi) que en consecuencia el error era inexistente, por la claridad del contrato que se debió leer, como también era inexistente la prueba del dolo, habiéndose infringido por la demandante la doctrina de los actos propios e incurrido en retraso desleal.

5.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad relativa de ambos *swaps* (no así del CMOF) con los efectos restitutorios solicitados, incluyendo intereses legales de las cantidades satisfechas -previa deducción de las cobradas- desde su respectivo pago, y sin hacer condena en costas. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la controversia no alcanzaba al CMOF sino a los dos *swaps*, cada uno de los cuales se debía regir por la normativa vigente cuando se contrató, siendo aplicable la normativa MiFID al de 2008 y en ningún caso la normativa sobre consumidores, dado que la demandante era una mercantil y los contratos se concertaron para la actividad agrícola que constituía su fin social; (ii) en ambos casos se trataba de productos complejos «de alto riesgo», como se deducía de las periciales y de las liquidaciones practicadas y no controvertidas; (iii) pese a ello, no constaba que se hubiera ofrecido información suficiente, con la debida antelación, sobre la naturaleza y riesgos del contrato, incluyendo su coste de cancelación anticipada (respecto del cual solo se decía que podía hacerse «a precio de mercado»), pues la demandante contrató por la confianza que había generado su relación de amistad con el director de la entidad y, no siendo los administradores de la demandante expertos financieros (eran agricultores, con formación básica), la entidad financiera se limitó a plasmar un «esquema de escenarios críptico» (en vez de poner ejemplos con cifras concretas) sobre la posibilidad de liquidaciones negativas que impedía conocer el verdadero alcance de los riesgos y que tampoco se suplió ni con la información verbal del director, ni con la documentación contractual (insuficiente), ni con el asesoramiento que la demandante podía obtener de forma externa por su actividad con otras sociedades; (iv) en consecuencia, existió error esencial y excusable en la prestación del consentimiento de la demandante, aunque no dolo; (v) dicho error existió también respecto del *swap* de 2008, sujeto además al mayor rigor de la normativa MiFID, pues el equívoco que llevó a la demandante a suscribir el producto anterior no había cesado en junio de 2008 ni en esta fecha era ya consciente de los riesgos del producto por más que se le hiciera test de conveniencia, pues este, por su carácter «sucinto y formalizado», permitía poner en duda la veracidad de su contenido; y (vi) no hubo retraso desleal ya que se presentó la demanda cuando la demandante fue consciente del grueso de las liquidaciones negativas.

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la entidad demandada, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, sin hacer expresa condena en costas en cuanto las de segunda instancia y con imposición de las de primera instancia a la parte demandante. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el recurso de apelación se funda en error en la apreciación de la prueba y en error en la interpretación de las normas aplicables, no así en la supuesta incongruencia de la sentencia, en todo caso inexistente porque no lo es la que aplica a los hechos alegados la norma adecuada, rigiendo en cuanto a la valoración probatoria en apelación los límites que la doctrina señala; (ii) los hechos probados demuestran que la sociedad demandante se constituyó en 2003 y que contaba en 2006 con activos por importe de tres



millones de euros y deudas a largo plazo por importe de dos millones, cantidades que se elevaron en 2008 a cinco y tres millones, respectivamente; (iii) se hizo test de conveniencia (folio 356 de las actuaciones de primera instancia) que evidenciaba que la demandante tenía un volumen de negocios elevado, aunque fuera minorista, así como activos suficientes para considerarla versada en productos de inversión, asesores externos (al estar dicha mercantil relacionada y asesorada por hasta tres mercantiles), relaciones con el banco con anterioridad y que había operado con otros instrumentos financieros, todo lo cual implica que no era necesaria más información que la que se le suministró; (iii) esa información se completó con el contenido del contrato, incluyendo la relativa al coste de cancelación por más escueta que fuera; (iv) de la propia declaración de los empleados del banco resultaba que «se explicó el contenido y funcionamiento del producto», que por tanto los administradores tuvieron pleno conocimiento de las condiciones de los contratos y que aceptaron sin reservas su efectividad y validez, como demostraba que admitieran sin reparo las liquidaciones positivas y que solo reclamaran a partir de que se produjeron liquidaciones negativas por el *swap* de 2008; y (v) «por tanto, a la vista de la prueba, de la declaración del testigo y de los documentos suscritos, puede concluirse que la información fue suficiente para formar su criterio, sin que pueda hablarse de error en el consentimiento y sin que, por otro lado, pueda estimarse razonablemente, con legislación aplicable a la fecha del contrato, que era exigible la elaboración y entrega de más documentación y de más explicación de las características y naturaleza del producto, valorando también esta sala las circunstancias del cliente ya referidas, tanto en cuanto a su volumen de negocio, importante aunque sea minorista, así como la amplia experiencia en inversiones, y financiación bancaria, constando con asesor propio según el test de conveniencia y una actividad comercial importante».

7.- La demandante-apelada interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El recurso se compone de un solo motivo, formulado al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 24 de la Constitución por arbitrariedad y error patente en la valoración probatoria.

En su desarrollo se alega que la sentencia recurrida obtiene conclusiones probatorias equivocadas, generadoras de indefensión: (i) por apoyarse en hechos posteriores que no podían influir en el conocimiento que tuvo la demandante al contratar (en concreto, su relación con Agrosol, que por haberse constituido mucho después no pudo tener relación ni vinculación alguna con la demandante ni con los *swap*s); (ii) por considerar probado que la sociedad demandante formaba parte del consejo de administración de otras sociedades, pese a no existir prueba de que ella o sus socios y administradores tuvieran vinculación alguna con otra sociedad al momento de suscribir los *swaps*; (iii) por atribuir experiencia a la demandante pese a carecer el test de conveniencia de valor probatorio absoluto a este respecto, al tratarse según la jurisprudencia de una simple presunción *iuris tantum*, no pudiendo derivarse tampoco esa experiencia previa del volumen de activos que tuviera la demandante; (iv) por concluir que la demandante recibió asesoramiento externo pese a que la prueba practicada conducía a la conclusión opuesta, esto es, a que se contrató por recomendación del director y por la confianza que se tenía en su persona; (v) por concluir que la demandante se dedicaba a la actividad inmobiliaria -lo que además fue una alegación introducida *ex novo* en apelación por la apelante- pese a que lo único real es que para su actividad agrícola precisaba de un terreno que debía alquilar o comprar; (vi) por vincular las permutas con el total pasivo de la cliente, cuando el voto particular dejó claro que no era así y que tales permutas financieras no tuvieron función de cobertura, además de que no cabe confundir el hecho de que el importe nominal de los *swaps* fuese inferior o igual a la cifra de pasivo global con la vinculación de las permutas a ese pasivo; y (vii) por deducir de la testifical de dos empleados del banco que se ofrecieron explicaciones sobre el contenido y funcionamiento del producto, pues lo relevante es que no se le informó sobre los riesgos, tal y como declaró la sentencia de primera instancia.

La parte recurrida se ha opuesto alegando, en síntesis, que la valoración probatoria fue correcta, en ningún caso ilógica, no razonable o arbitraria, y que lo verdaderamente planteado no una cuestión fáctica sino una cuestión de valoración jurídica propia del recurso de casación.

TERCERO.- El recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) Esta sala viene reiterando (por ejemplo, sentencias 2/2017, de 10 de enero, 350/2017, de 1 de junio, 97/2018, de 26 de febrero, 149/2018, de 15 de marzo) que pertenece al ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable, es decir, que la valoración, según criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del cliente para entenderla, partiendo de los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación.



2.ª) Los hechos fijados en la instancia que sirven de sustento a la valoración jurídica solo pueden ser alterados en casación mediante un recurso por infracción procesal que se ajuste a los estrictos términos impuestos por la jurisprudencia. La reciente sentencia 206/2018, de 11 de abril, declara «que el carácter extraordinario de este recurso no permite tratar de desvirtuar la apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (sentencias 333/2013, de 23 de mayo, 458/2007, de 9 de mayo, 567/2007, de 27 de mayo) y que tal valoración sólo puede excepcionalmente ser revisada mediante el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al resultar manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración, no superaría el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, de 6 de noviembre, 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 de octubre)».

3.ª) Esta jurisprudencia es aplicable al presente recurso, porque el mero hecho de que la parte recurrente no comparta las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida como soporte de la razón decisoria sobre la suficiencia de la información suministrada no es motivo bastante para colegir que sean consecuencia de un error patente o de la arbitrariedad judicial, y menos aún que se haya vulnerado el art. 24 de la Constitución (único precepto que se cita como infringido, dado que no se invoca ninguna norma de prueba), incluso aunque puedan razonablemente defenderse otras conclusiones distintas, pues es competencia del tribunal de instancia seleccionar los hechos más relevantes a partir de las pruebas practicadas, pudiendo para ello priorizar unas sobre otras (por ejemplo, sentencia 30/2018, de 22 de enero).

4.ª) Además, para el tribunal sentenciador la suficiencia de la información ofrecida a la hoy recurrente se sustenta, en resumen, en su grado de experiencia previa con el producto -que deduce del elevado volumen de negocio de la mercantil pese a su condición de minorista y de haber suscrito con anterioridad productos financieros y de inversión-, en la realidad de la existencia de información precontractual -que deduce de la declaración de los dos empleados del banco que testificaron durante el juicio y que sostuvieron que se explicó a la cliente «el contenido y funcionamiento del producto»-, en la existencia de asesoramiento -que deduce del test de conveniencia- y en el contenido de la documentación contractual entregada. Por tanto, los concretos datos fácticos que la parte recurrente considera que no debieron tenerse por acreditados carecen de la relevancia que ella misma les atribuye, pues incluso a partir de los fijados como probados es posible, con arreglo a la doctrina de esta sala, revisar en casación el juicio jurídico que llevó al tribunal sentenciador a considerar la información como suficiente en virtud de los deberes legales impuestos por la normativa respectivamente aplicable a los *swaps* en cada caso.

Recurso de casación

CUARTO.- El recurso se compone de dos motivos, cuya estrecha relación aconseja su examen conjunto.

El motivo primero se funda en infracción del art. 79 bis LMV, apdos 6 y 7, y de la doctrina de esta sala contenida en las sentencias 384/2014, de 7 de julio, y 387/2014, de 8 de julio, sobre el contenido de los deberes de información y su incidencia en la apreciación del error en el consentimiento, en particular por no haberse realizado test de idoneidad y por faltar el de conveniencia respecto de la contratación del primer *swap*. En su desarrollo se aduce, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida considera cumplidos por la demandada los deberes legales de información por el hecho de haber realizado el test de conveniencia con motivo de la suscripción del segundo *swap*, sin tener en cuenta que también debería haberse realizado al contratarse el primero, por más que entonces no rigiera la normativa MiFID, y que en ambos casos faltaba el test de idoneidad, el cual era exigible porque la demandada prestó un servicio de asesoramiento financiero en materia de inversiones; y (ii) que la sentencia recurrida considera que hubo información verbal por parte de dos empleados del banco (fundamento de derecho 20) cuando, en realidad, dicha información se limitó a la explicación del contenido y funcionamiento del producto pero sin referirse en ningún caso a los riesgos.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 79 bis LMV, apdos 1 a 3, y de la doctrina de esta sala contenida en las sentencias 385/2014, de 7 de julio, y 110/2015, de 26 de febrero, en relación con la insuficiencia del contenido del contrato. En su desarrollo se aduce, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida descarta cualquier carencia de información sobre los riesgos del producto únicamente con base en el test de conveniencia y en el contenido del contrato; y (ii) que, sin embargo, la jurisprudencia descarta que el contenido del contrato tenga suficiente valor informativo para excluir la existencia de error, por lo que en un caso como este, al considerarse acreditado que ni la cliente ni sus administradores tenían experiencia en este tipo de producto ni recibieron asesoramiento previo, la omisión del test permite presumir en la cliente la falta de conocimiento suficiente sobre los riesgos.



En trámite de oposición la parte recurrida ha interesado la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación de ambos motivos. En cuanto al motivo primero alega, en síntesis: (i) que es inadmisibles porque las alegaciones de la recurrente marginan la razón decisoria y los hechos probados de la sentencia recurrida, en particular que esta valora especialmente la testifical de dos empleados del banco para colegir que hubo explicación suficiente sobre el contenido y funcionamiento del producto, incluyendo los riesgos que entrañaba; y (ii) que en todo caso el motivo debe desestimarse porque el test de conveniencia no podía exigirse cuando se contrató el primer *swap*, al no estar en vigor la normativa MiFID, y porque la falta del test de idoneidad no comporta necesariamente un error en el consentimiento. En cuanto al motivo segundo, alega: (i) que también es inadmisibles por las mismas razones que el anterior, en particular por obviar que se ha declarado probado que se informó de los riesgos; y (ii) que en todo caso debe desestimarse en atención al contenido contractual, ya que ambos *swaps* contaban con un anexo en el que se contenía una simulación de distintos escenarios posibles y con una cláusula que incluía una advertencia clara para la cliente por la que esta admitía conocer y aceptar los riesgos del producto, y además porque solo se reclamó una vez que cesaron años más tarde las liquidaciones positivas y tras negarse la demandante a cancelar los contratos anticipadamente a precios de mercado.

QUINTO.- No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida porque el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional. En este sentido, en línea con las sentencias 316/2017, de 18 de mayo , y 416/2017, de 29 de junio , entre las más recientes, se observa que en el recurso se citan como infringidas las normas pertinentes de la LMV, que se cita jurisprudencia de esta sala sobre la materia y, en fin, que se respetan sustancialmente los hechos que la sentencia impugnada declara probados, centrándose en una cuestión inequívocamente jurídica sobre la relevancia que cabe otorgar -para considerar incumplidos los deberes legales de información y, por tanto, para presumir la existencia de error en el consentimiento- a la ausencia de test de conveniencia en un caso y de test de idoneidad en ambos y a la insuficiencia de la información contractual cuando no se ha suministrado con carácter previo a la firma del contrato una información suficiente, no meramente obvia, sobre los concretos riesgos del producto.

En suma, los problemas jurídicos se encuentran suficientemente identificados, el interés casacional resulta evidente y todo ello ha permitido que la parte recurrida se haya podido oponer al recurso sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, así como que esta sala pueda abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

SEXTO.- Ambos motivos, y por tanto el recurso, deben ser estimados por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de *swap*, tanto en relación a contratos anteriores (entre las más recientes, sentencias 30/2018, de 22 de enero , 149/2018, de 15 de marzo , y 202/2018, de 10 de abril) como posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (entre las más recientes, sentencias 23/2018, de 17 de enero , y 138/2018, de 13 de marzo), en la comercialización de este tipo de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa que impone a dichas entidades financieras el deber, activo y no de mera disponibilidad, de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada, con antelación suficiente a la firma (por tanto, sin que se pueda reputar suficiente a tal efecto la que resulte del contenido contractual) y más allá de lo obvio, sobre las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación (en particular, el de sufrir cuantiosas pérdidas en caso de bajada abrupta del Euríbor), incluido el coste de su cancelación anticipada, recayendo en dicha entidad financiera las consecuencias de su falta de acreditación en la medida en que 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.

2.ª) Solo cuando la sentencia recurrida declare probado que el banco suministró información suficiente y, por tanto, que no incumplió sus deberes legales de información, no es posible en casación fundar en tal incumplimiento la existencia de error vicio, por lo dicho de que aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa pre-MiFID y MiFID sea jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados (sentencias 24/2017, de 18 de enero , citada por la 277/2017, de 9 de mayo , y 149/2018, de 15 de marzo).

3.ª) En síntesis, la sentencia recurrida declara probado (fundamentos de derecho 19 y siguientes) que la sociedad demandante tenía relaciones con la entidad financiera con anterioridad a la contratación de los *swaps* , que estos fueron ofertados como medio para garantizar un menor coste financiero, que en ambas contrataciones la demandante estuvo representada por su administrador, que tenía experiencia empresarial por su importante volumen de negocios y elevados activos, y también experiencia en la contratación de otros productos financieros, que pudo contar con asesoramiento externo por formar parte de otras sociedades, que los testigos empleados del banco dijeron que «se explicó el contenido y funcionamiento del producto», que



además con la documentación contractual se le indicaba en qué consistía el producto y que del mismo podía derivarse un resultado positivo o negativo en función de la variación del tipo de interés y, en fin, que se hizo a la demandante un test de conveniencia el mismo día en que se firmó el segundo contrato. No se discute, por ser un hecho admitido, que en cada contrato figuraba que la cancelación anticipada se haría a precios de mercado y que se incluyó en ambos una estipulación según la cual las partes decían conocer los riesgos de la operación.

4.ª) A diferencia de algunos casos como el recientemente analizado por la citada sentencia 149/2018, de 15 de marzo, en que esta sala sí ha considerado que los hechos probados eran concluyentes en cuanto a la realidad fáctica de la existencia de información previa en los términos legal y jurisprudencialmente exigidos y que por ello era difícil alterar en casación la valoración jurídica de la sentencia recurrida sobre la ausencia de error a partir de esa base fáctica, por el contrario en el presente caso la argumentación de la sentencia impugnada para desestimar el error en el consentimiento, que integra su razón decisoria, no parte en puridad de la existencia de datos fácticos de los que deduzca el cumplimiento de esos deberes de información, sino «de una concepción del alcance de estos deberes y de la conducta del cliente en la contratación, que contradice la jurisprudencia de esta sala» (sentencia 591/2017, de 7 de noviembre).

5.ª) En efecto, los hechos probados lo único que demuestran es que ambos *swaps* fueron suscritos a propuesta de la entidad bancaria sin que esta hiciera con la debida antelación, pese a prestar un servicio de asesoramiento, un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de la demandante para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su situación económica y perfil inversor y, fundamentalmente, sin que en ningún caso ofreciera una información comprensible y adecuada, con la misma debida antelación y más allá de una mera ilustración sobre lo obvio, sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, como la posibilidad de que se generasen importantes pérdidas patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos de interés o la necesidad de afrontar un importante coste en caso de cancelación anticipada, careciendo como carecían los representantes de la sociedad demandante de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del *swap*.

6.ª) La valoración jurídica de esos hechos por el tribunal sentenciador no se ajusta a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

Así, aunque el tribunal sentenciador otorga valor a la declaración de los empleados del banco para considerar suficiente la información precontractual, sus conclusiones al respecto (contrarias a las de la sentencia apelada, que negó incluso la existencia de información verbal) son no poco ambiguas. Mientras que, por ejemplo, en el caso de la sentencia de esta sala 149/2018, de 15 de marzo, lo que se declaró probado fue que con anterioridad a la firma del contrato la entidad financiera había ofrecido a la cliente «toda clase de explicaciones sobre la naturaleza, objeto y razón de ser del mismo, entregándosele folletos informativos y previendo todos los escenarios posibles, tanto en supuestos de subida del Euribor (interesante para el cliente) como en el caso contrario», en el presente caso, en cambio, la sentencia recurrida se limita a decir al respecto que se explicó el «contenido y funcionamiento del producto» (fundamento de derecho 19), lo que no es bastante para tener por probada una información verdaderamente fuera precontractual, que se pusiera a disposición de la hoy recurrente la documentación contractual con la antelación mínima exigible para su estudio y, sobre todo, como apunta la parte recurrente, que esa información explicara los elevados riesgos específicos del producto para el caso de bajada abrupta del Euribor, incluyendo el coste de cancelación anticipada.

Si la falta de información precontractual no se puede suplir con el contenido del contrato, menos aún podía suplirse en este caso concreto atendiendo a cuáles fueron sus términos según la interpretación que hace la propia sentencia recurrida (fundamento de derecho 21), pues en contra de lo que esta razona no bastaba con indicar vagamente en qué consistía el producto, que podían producirse resultados positivos o negativos para la cliente según la fluctuación de ese tipo referencial o, en fin, que podía cancelarse anticipadamente a precios de mercado, sino que era precisa una información más concreta, en la que se advirtiera claramente de los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, con escenarios que no fueran meramente lo que la sentencia de primera instancia definió como «esquema de escenarios críptico», y también una información sobre el concreto coste de cancelación a fin de asegurarse de que la cliente había podido comprender la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos (por ejemplo, sentencia 282/2017, de 10 de mayo, luego mencionada por las sentencias 425/2017, de 6 de julio, y 30/2018, de 22 de enero). En particular, la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril).



El test de conveniencia, legalmente exigible respecto del segundo contrato (y que por tanto, no se realizó cuando se firmó el primero), fue simultáneo a su firma, y además se omitió el de idoneidad, que opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero, por lo que el banco no pudo cerciorarse en 2008, como debía, de que el producto era idóneo para la situación financiera de la cliente y para sus objetivos de inversión (por ejemplo, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 689/2016, de 23 de noviembre, 244/2017, de 20 de abril y 222/2018, de 17 de abril, esta última, de pleno). Esta última sentencia, de pleno, ha declarado respecto del test de conveniencia que su práctica no exime al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información precontractual. Además, como en el caso analizado por la reciente sentencia 107/2018, de 1 de marzo, también aquí la sentencia de primera instancia declaró la falta de formación en productos complejos del administrador firmante y tuvo por probado que no se le formuló el cuestionario de los test, sino que se le pusieron a la firma, hechos que la sentencia de apelación no desmiente.

Pese a lo que se alega por el banco, tampoco servía de excusa la inclusión de una cláusula en ambos *swaps* según la cual la cliente manifestaba conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, ya que la jurisprudencia viene considerándola como una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos (en tal sentido, por ejemplo, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, 244/2017, de 20 de abril, y 425/2017, de 6 de julio).

Por último, resultan igualmente contrarias a la jurisprudencia de esta sala las consideraciones de la sentencia recurrida (fundamento 19) sobre el perfil de la cliente y su incidencia a la hora de destruir la presunción de error esencial y excusable que deriva del incumplimiento de los deberes legales de información por parte de la entidad financiera (en particular, que dada su experiencia empresarial, deducible de su elevado volumen de activos y negocio, así como su experiencia en la contratación bancaria de productos financieros similares, debía presumirse que conocía o no podía desconocer el *swap* y sus riesgos, y que, en cualquier caso, podía haberse asesorado, al formar parte del consejo de administración de otras sociedades), pues la doctrina jurisprudencial viene reiterando (por ejemplo, sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 7/2017, de 12 de enero, 11/2017, de 13 de enero, 282/2017, de 10 de mayo, 425/2017, de 6 de julio, y 138/2018, de 13 de marzo) que ni la condición de sociedad mercantil del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del *swap*; que en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios; y en fin, que ni siquiera la previa celebración de contratos de *swap* (lo que fue una realidad solamente cuando se firmó el segundo) supone que los clientes conocieran los riesgos, sino -como indicó la sentencia apelada- precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales.

SÉPTIMO.- En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

OCTAVO.- Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dado que ha sido estimado, y conforme a los arts. 398.1 y 394.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido desestimado.

De conformidad también con los arts. 398.1 y 394.1 LEC, procede imponer a la parte demandada-apelante las costas de la segunda instancia, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

NOVENO.- Conforme a la d. adicional 15.ª. 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación, y conforme al apdo. 9 de la misma procede condenar a la recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir por infracción procesal.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante Hermanos Iglesias Acuyo S.L. contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2015 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación n.º 692/2014.



2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha parte contra la misma sentencia.

3.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

4.º- En su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, Banco Santander S.A., contra la sentencia dictada el 26 de diciembre de 2013 por el juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de El Ejido en las actuaciones de juicio ordinario n.º 885/2012, confirmar esta íntegramente.

5.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la parte recurrente las del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- Imponer a la parte demandada-apelante las de la segunda instancia.

7.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en casación, con pérdida del constituido para recurrir por infracción procesal.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ