



Roj: **STS 5673/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5673**

Id Cendoj: **28079110012016100721**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2016**

Nº de Recurso: **1679/2013**

Nº de Resolución: **731/2016**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1045/2013,**  
**STS 5673/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 20 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza. Los recursos fueron interpuestos por Antonio, representado por el procurador Jorge Luis de Miguel López, posteriormente sustituido por la procuradora María del Mar de Villa Molina. Es parte recurrida la entidad Bankia S.A., representada por el procurador Francisco José Abajo Abril.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora Belén Gabian Usieto, en nombre y representación de Antonio, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza, contra la entidad Caja de Ahorros de La Rioja, para que se dictase sentencia:

«por la que se declare la nulidad del contrato de cobertura de tipos de interés firmado en fecha 29 de julio de 2008, y la devolución de las cantidades abonadas por importe de trece mil setecientos veintiséis euros con sesenta y seis céntimos (13.726,66 euros) con los intereses legales desde la reclamación efectuada y costas procesales».

2. El procurador José Andrés Isiegas Gerner, en representación de la entidad Caja de Ahorros de La Rioja (actualmente Bankia S.A.U.), contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se disponga:

(I) la desestimación de la demanda interpuesta por Don Antonio contra Caja de Ahorros de La Rioja.

(II) la condena a la parte actora, Don Antonio, de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando la demanda formulada por Antonio contra Caja de Ahorros de Rioja, actual Bankia, S.A.U. debo declarar y declaro la nulidad de contrato de cobertura de tipos de interés celebrado el 29 de julio



de 2008 y, en consecuencia debo condenar y condeno a la demandada al abono al demandante de la suma reclamada en cuantía de trece mil setecientos veintiséis euros con sesenta y seis céntimos (13.726'66 ?) más intereses legales y costas procesales».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankia, S.A.
2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza mediante sentencia de 10 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: 1. Estimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 15-1-2013 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 en los autos nº 551/2011, que revocamos.

2. Desestimar las pretensiones deducidas contra la parte demandada en la demanda.
3. Imponer las costas de la primera instancia a la parte actora.
4. No hacer imposición de las costas de esta alzada.
5. Ordenar la devolución del depósito constituido para apelar a la parte recurrente».

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

1. La procurador Belén Gabian Usieto, en representación de Antonio , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º. Infracción del art. 24 de la Constitución ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 74 RD 217/2008 de 15 de febrero y arts. 78 y siguientes de la Ley 47/2000 .

2º) Infracción de los arts. 1255 y 1288 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 12 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Antonio , representado por el procurador Jorge Luis de Miguel López, posteriormente sustituido por la procuradora María del Mar de Villa Molina; y como parte recurrida la entidad Bankia S.A., representada por el procurador Francisco José Abajo Abril.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Antonio contra la sentencia dictada, el 10 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 192/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 551/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Zaragoza».

5. Dado traslado, la representación de la parte recurrida no presentó escrito de oposición.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 29 de junio de 2008, Antonio concertó con Caja de Ahorros de la Rioja (en la actualidad, Bankia), un contrato de permuta financiera de tipos de interés, sobre un nominal de 400.000 euros. Las características del producto, tal y como se especificaban en el contrato eran las siguientes:

##### **«CLIENTE COMPRADOR PAGA (LIQUIDACIÓN CARGO).**

Tipo de interés: (los tipos de interés se consignan en tanto por ciento nominal anual y los diferenciales en puntos porcentuales)

**Trimestre 1**

EURIBOR 3 MESES

**Trimestre 2 - 16 AMBOS INCLUIDOS**

Si EURIBOR 3 MESES fijado al inicio, es INFERIOR O IGUAL al EURIBOR 3 MESES fijado en el trimestre anterior el cliente paga, el menor entre:

-5.85%

-El tipo pagado del trimestre anterior - 0,10%

Si EURIBOR 3 MESES fijado al inicio es SUPERIOR al EURIBOR 3 MESES fijado en el trimestre anterior, el cliente paga el menor entre:

- 5.85%

-El tipo pagado del trimestre anterior + (EURIBOR 3 MESES fijado al inicio-EURIBOR 3 MESES fijado en el trimestre anterior).

Periodicidad liquidaciones: Trimestral

» **CLIENTE COMPRADOR RECIBE (LIQUIDACIÓN ABONO).**

**Durante los 16 trimestres**

Tipo de interés: EURIBOR TRES MESES fijado al inicio de cada periodo trimestral de intereses

Periodicidad liquidaciones: Trimestral»

La fecha de inicio de las liquidaciones era el 4 de agosto de 2008 y la de vencimiento el 4 agosto de 2012.

El cliente renunció a ser sometido a los test de idoneidad y conveniencia, ante lo cual, la entidad financiera le pidió que firmara un documento en el que se afirma literalmente:

«Debido a la complejidad del producto que desea contratar, esta operación requiere evaluación previa de conveniencia, de acuerdo con lo establecido en La Directiva 2004/39/CE de Mercados de Instrumentos Financieros. Teniendo en cuenta la información disponible en esta Entidad, no ha sido posible confirmar la conveniencia de la operación, por lo que será de la exclusiva responsabilidad del cliente su contratación».

De la primera liquidación, correspondiente al primer trimestre (del 4 de agosto al 4 de noviembre de 2008), no resultaron obligaciones para ninguna de las partes; la segunda liquidación (del 4 de noviembre de 2008 al 4 de febrero de 2009) fue negativa para el cliente en 110,40 euros; la tercera (del 4 de febrero al 4 de mayo de 2009) fue negativa para el cliente en 2.661,10 euros; la cuarta (del 4 de mayo al 4 de agosto de 2009) fue negativa para el cliente en 3.369,24 euros; la quinta (del 4 de agosto al 4 de noviembre de 2009) fue negativa para el cliente en 3.756,67 euros; y la sexta (del 4 de noviembre de 2009 al 4 de febrero de 2010) también fue negativa para el cliente en 3.829,25 euros.

Antonio ya tenía concertado con Banco Santander, con quien sí tenía un contrato de crédito, otro contrato de permuta financiera. Había sido contratado el 21 de octubre de 2004 y vencía el 29 de agosto de 2008.

Con antelación a la firma del contrato, un empleado de la Caja explicó el producto, valiéndose para ello de unos folletos informativos que mostraban su funcionamiento y, en particular, que la bajada de tipos suponía pagos netos que tenía que realizar el cliente.

2. Antonio presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento en la que pedía que se declarara la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés basada en la infracción de normas imperativas, en concreto, relativas a condiciones generales de la contratación, publicidad y, sobre todo, las concernientes a la información que debe prestarse en la contratación de productos financieros contenidas en la Ley del Mercado de Valores. Además, pedía la nulidad del contrato basada en la existencia de error vicio, por un defecto en la información suministrada sobre las características del producto y sus concretos riesgos. La demanda pedía, además de la declaración de nulidad, la condena a la restitución de las prestaciones.

3. El juzgado de primera instancia, después de advertir que el producto contratado era complejo y que el cliente carecía de la condición de inversor profesional, razonó que la entidad financiera incumplió los especiales deberes de información que preveía el art. 79bis LMV y concluyó que el consentimiento del cliente estaba viciado de error excusable.

4. La Audiencia que conoció del recurso de apelación interpuesto por la Caja de Ahorros frente a la sentencia de primera instancia, estimó la apelación.



La sentencia de apelación, después de valorar la prueba, concluye que «el actor tenía pleno conocimiento de la naturaleza, funcionamiento, liquidaciones y riesgo del producto al momento de la firma del contrato». Por eso entiende que no existió error vicio en el consentimiento.

En relación con la otra causa de nulidad, la sentencia razona por qué el eventual incumplimiento de los deberes de información no determina la nulidad absoluta del contrato:

«la profusa cita de normas que contiene la demanda no va acompañada de las razones por las que el mero incumplimiento formal de las obligaciones que recaen sobre el comercializador del tipo de contratos como el de autos determina la nulidad del contrato, y es que el actor confunde el incumplimiento por una de las partes de las normas que imperativamente imponen un determinado comportamiento al profesional o comercializador de productos financieros con la contrariedad a derecho del contrato o su causa, que es lo que prohíben los arts. 1255 CC y 1275 CC con la consecuente nulidad radical ( art. 6.3 CC ), y al efecto ya hemos afirmado que el incumplimiento de aquellas normas tan sólo puede ser valorado, a los efectos que ahora nos ocupa, en cuanto incide en el vicio de error en el consentimiento, y en este sentido puede ser citada la STS de 8-5-1989 , conforme a la que la nulidad de pleno derecho de un contrato que proclama el art. 6.3 CC requiere ineludiblemente, de acuerdo a una consolidada doctrina jurisprudencial, la existencia de una norma imperativa o prohibitiva del vínculo jurídico concertado; o la STS de 22 de julio de 1997 , seguida por otras, como las de 2 de noviembre de 2001 , 7 de julio de 2006 o 27 de septiembre de 2007 , según las que nulidad que resulta de lo dispuesto en el art. 6.3 CC en relación con el art. 1255 CC debe aplicada con flexibilidad y extrema cautela, atendiendo principalmente a si se da precepto legal que imponga la nulidad como sanción civil per se, y en el presente caso, a diferencia de lo que ocurre con otros contratos normados por leyes especiales (como ocurre con el art. 4 L 26/1991 o el art. 10 L 42/1998) no existe tal norma específica que determine tal consecuencia, o permita al cliente instar la nulidad por incumplimiento por el profesional de sus obligaciones precontractuales».

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante Antonio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base de un único motivo, y recurso de casación, articulado en dos motivos.

**SEGUNDO.** Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo* . El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , al haberse infringido el derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de un «error patente, arbitrariedad y manifiesta irracionalidad en la valoración de la prueba, que no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución ».

En el desarrollo del motivo se advierte que «el error que se estima producido consiste, en primer lugar, en la valoración que la sala otorga a la declaración efectuada por el testigo D. Fabio , empleado del banco que comercializó el producto (y que continua siendo empleado con relación de dependencia con la entidad) y respecto de la valoración de los documentos 5 a 7 que se acompañaron junto con el escrito de contestación a la demanda y consistentes en folletos informativos o trípticos por la propia entidad bancaria y carentes de firma por parte del cliente-recurrente».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo* . Hemos reiterado hasta la saciedad que la valoración de la prueba corresponde a los tribunales de instancia sin que el recurso extraordinario por infracción procesal sea el cauce ordinario para la revisión de esta valoración probatoria como si se tratara de una tercera instancia.

Es cierto que, de manera excepcional, cabría justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comportara una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero). Pero , como también recordábamos en la sentencia 535/2015, de 15 de octubre , «(l)a selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial».

Esto es lo que ocurre en el presente caso. El tribunal de apelación, a la vista de la declaración testifical del empleado del banco que comercializó el producto financiero y de los folletos que se aportaron con la contestación a la demanda, ha llegado a la convicción de que es cierto, como declaró este testigo, que le explicó



al cliente cómo funcionaba el producto y el riesgo de pagos en caso de bajada de los tipos de interés. No es posible ahora revisar la valoración de esta prueba como si fuéramos un tribunal de instancia y sustituir la de la Audiencia por la nuestra. Tan sólo podemos advertir si ha existido algún error notorio o arbitrariedad grave, y no la advertimos. Con independencia de que pudiéramos no compartirla, la valoración de la prueba realizada por la Audiencia, que le permite llegar a la reseñada convicción, no encierra ningún error notorio. Entra dentro del margen de discrecionalidad que le corresponde al tribunal de instancia al realizar la valoración de la prueba.

En este motivo también se impugnaba la valoración del tribunal sobre la suficiencia de esta información para cumplir con los deberes previstos en la normativa pre- MiFID, lo que constituye propiamente una valoración jurídica apoyada en los hechos probados, que tan sólo se puede impugnar mediante el recurso de casación.

### **TERCERO. Recurso de casación**

**1. Formulación del motivo primero** . El motivo denuncia la infracción del art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero, que establece la obligación de recabar el test de conveniencia, así como de los arts. 78 y ss LMV.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la ausencia del test de conveniencia supone el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus más elementales obligaciones cara al consumidor-cliente, sobre todo de información sobre el producto, lo que debe llevar aparejada la nulidad del contrato.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Normativa aplicable en relación con los deberes de información y los test de conveniencia e idoneidad** . El contrato de permuta financiera fue concertado el día 29 de junio de 2008, cuando regía la normativa MiFID, y en concreto las exigencias contenidas en el art. 79 bis LMV, desarrolladas por RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. El alcance de esta normativa, en relación con la validez del contrato, fue expuesto en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que reiteramos a continuación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión a clientes que, como es el caso, no tienen la consideración de inversores profesionales.

Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta:

«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

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



La entidad financiera debe realizar al cliente un *test de conveniencia*, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV ( arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE ), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente «tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado».

Por su parte, el art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero, prescribe que:

«(Esta) información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes» ( art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero ).

Estas exigencias propias del *test de conveniencia* son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV ( art. 19.4 Directiva 2004/39/CE ). El *test de idoneidad* opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, lo siguiente:

«(Las entidades financieras) deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

**3. Desestimación del motivo primero.** Es un hecho acreditado que en este caso no se llegaron a realizar los test de conveniencia e idoneidad. Esta circunstancia no determina, como pretende el recurso, la nulidad del contrato. Al margen de que, según deja constancia la Audiencia, la realización de estos test fue rechazada por el cliente, la jurisprudencia de esta sala es clara en el sentido de que el incumplimiento de los reseñados test y de los deberes de información previstos en el art. 79bis LMV ni determina por sí la nulidad del contrato, ni tampoco conlleva ineludiblemente la nulidad por error vicio, sin perjuicio de que permita presumir el error.

En la sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, razonamos por qué la infracción del deber de recabar el test de conveniencia no determina la nulidad de pleno de derecho del contrato de swap:

«La normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.



»Conforme al art. 6.3 CC, "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional de Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad ( art. 1255 CC )».

Por otra parte, la ausencia de los test de conveniencia e idoneidad, en su caso, tampoco determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, como expusimos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014. No obstante, esta cuestión resulta irrelevante en este caso, porque la sentencia recurrida excluye que existiera error vicio, al afirmar que «el actor tenía pleno conocimiento de la naturaleza, funcionamiento, liquidaciones y riesgo del producto al momento de la firma del contrato», lo que no ha sido impugnado en el recurso de casación.

**4. Formulación del motivo segundo.** El motivo denuncia la «infracción del art. 1255 del Código Civil (justo equilibrio de las partes y buena fe contractual) y 1288 del mismo cuerpo legal (en cuanto a la necesaria interpretación en contra de quien fomenta la oscuridad en los contratos). Y ello por cuanto el contrato no recoge cuestiones relevantes como la forma de cancelación de(l) producto, por lo que el cumplimiento del contrato queda al arbitrio de una de las partes. Todo ello afecta de forma radical a la validez del contrato al viciar el consentimiento».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**5. Desestimación del motivo segundo.** Procede desestimar el motivo porque plantea una cuestión nueva, que no había sido introducida en la demanda, y que, consiguientemente, no fue objeto de controversia en la instancia.

En la demanda no se fundó la nulidad del contrato de swap en la falta de una mención a la forma de cancelación del producto, en cuanto rompiera el justo equilibrio entre las partes, al dejar el cumplimiento al arbitrio de una de ellas, ni tampoco que esta ausencia hubiera viciado el consentimiento del cliente. En consecuencia, esta cuestión no fue abordada ni en la sentencia de primera instancia ni tampoco en la de apelación.

#### **CUARTO.- Costas**

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, imponemos a la parte recurrente las costas del recurso ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimamos tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el de casación formulados por Antonio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 10 de mayo de 2013, que conoció de la apelación (rollo núm. 192/2013) formulada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza de 15 de enero de 2013 (juicio ordinario 551/2011). **2.º-** Imponemos las costas de los recursos a la parte recurrente y la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos

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

Así se acuerda y firma.