



Roj: **STS 976/2017 - ECLI:ES:TS:2017:976**

Id Cendoj: **28079110012017100175**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **1156/2014**

Nº de Resolución: **176/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2668/2014,**
STS 976/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio de ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Novenc 06 S.L., representada por el procurador Pablo Sorribes Calle. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Anna María Feixas Mir, en nombre y representación de la entidad Novenc 06 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona, contra la entidad Banco Sabadell Atlántico S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que, estimando la presente demanda, se declare lo siguiente:

»a) Se declare nulo y sin valor ni efecto alguno el contrato de operaciones financieras, sus anexos y su confirmación, suscritos los primeros el 8 de abril de 2008 y la confirmación el 11 de abril de 2008, entre Novenc 06, S.L. y banco Sabadell Atlántico, S.A., por haber existido un vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de Novenc 06, S.L., consistente en error excusable.

»b) Se declaren igualmente nulos los cargos y abonos producidos en la cuenta corriente asociada al contrato y que queden acreditados por la prueba que se practique, tanto los habidos hasta la fecha de la demanda como los que se produzcan durante su tramitación, y se ordene la devolución de las mutuas y recíprocas contraprestaciones con sus frutos e intereses.

»c) Se impongan las costas a la demandada si se opusiere a la presente demanda».

2. La procuradora Marta Pradera Rivero, en representación de la entidad Banco Sabadell S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de todas las pretensiones contra ella dirigidas, con expresa imposición de costas a la parte actora».



3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Desestimo la demanda postulada por la representación procesal de la mercantil Novenc 06 SL, absuelvo de sus pretensiones a la entidad Banco Sabadell Atlántico SA, sin imposición de costas».

SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Novenc 06 S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 5 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Novenc 06 SL contra la sentencia de fecha treinta de mayo de dos mil doce dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona, en los autos de que el presente rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución, sin hacer imposición de las costas de la presente alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir».

TERCERO. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La procuradora Anna María Feixas Mir, en representación de la entidad Novenc 06 S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los artículos 1265 y 1266 CC y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad contractual por inexistencia de error en el consentimiento cuando se han acreditado los requisitos para la existencia del error según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla.

2º) Infracción de lo dispuesto en los artículos 79 y 79 bis 3 de la LMV y artículo 64 del 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. En concreto sobre la exigencia de información contractual exigible y de ineludible suministro a los clientes.

3º) Infracción de los artículos 79.bis.6 y 79.bis.7 LMV, 72, 73 y 74 RD 217/2008, sobre la realización del test de idoneidad.

«4º) Infracción del artículo 1311 CC sobre la inexistencia de los requisitos sobre la confirmación tácita de los contratos como fuerza convalidante del negocio jurídico nulo».

2. Por diligencia de ordenación de 24 de abril de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Novenc 06 S.L., representada por el procurador Pablo Sorribes Calle; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por la procuradora Blanca M. Grande Pesquero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Novenc-06 S.L. contra la sentencia dictada, el día 5 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a), en el rollo de apelación n.º 848/2012, dimanante del juicio ordinario n.º 542/2011, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Sabadell, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero de 2017, 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, tal y como son expuestos por la sentencia recurrida:



«1º/ En virtud de sendas escrituras de fecha 9 de abril de 2008 Banco de Sabadell contrató con Novenc 06 SL, sociedad constituida en escritura de fecha 30 de enero de 2006, dos arrendamientos financieros destinados a la financiación de la compra de sendas naves industriales sitas en la Travesía Industrial de l'Hospitalet de Llobregat, siendo el precio global de los arrendamientos de 3.668.518,08 euros más IVA, la duración de 12 años y quedando sujetas las amortizaciones mensuales a partir de la segunda anualidad a un tipo de interés variable (euribor más 1,25 puntos);

«2º/ Banco de Sabadell y Novenc 06 SL habían firmado el día anterior un contrato marco de operaciones financieras que enumeraba las principales características y el régimen de funcionamiento de las diversas operaciones a suscribir por las partes, y que comprendía un anexo I en el cual la sociedad Schtopac SL asumía la función de garante de las obligaciones contractuales que asumiera Novenc, y un segundo anexo en el que, entre otras muchas cosas, se incluía la definición de la permuta financiera de tipos de interés o *interest rate swap*;

«3º/ el mismo día 8 de abril Teodosio, en su calidad de administrador único de Novenc, cargo para el que había sido nombrado cinco días antes en junta universal de socios, firmó una solicitud del producto derivado denominado swap a tipo fijo, en cuyo impreso se destacaban las características del producto -complejo y de cobertura- y su inconveniencia para el cliente dada su condición de minorista en tanto no se realizase el oportuno test de conveniencia;

«4º/ dicho test fue practicado por la entidad siguiendo las respuestas que diera el propio Teodosio, llegando el mismo a la conclusión de que el producto era conveniente para Novenc dada su experiencia en el mercado de activos financieros;

«5º/ el contrato de permuta de tipos de interés se firmó el día 11 de abril de 2008 por un importe nominal inicial de 2.578.348,36 euros pero decreciente a cada anualidad, una duración de cinco años y la previsión de liquidaciones anuales en las que el banco pagaría el euribor a 12 meses y el cliente a su vez pagaría el tipo fijo de 4,44%;

«6º/ la liquidación de abril de 2009 arrojó un resultado favorable a Novenc por valor de 8.192 euros (el euribor estaba en 4,75%), mientras que las de abril de 2010 y abril de 2011 fueron favorables al banco por importes de 64.683 y 73.049 euros respectivamente (aplica unos euribor de 1,78 y 1,22%); una cuarta liquidación, de abril de 2012, practicada ya en pleno litigio ha arrojado un saldo favorable al banco ascendente a 50.144 euros (euribor de 2,042%);

«7º/ fruto de diversas transmisiones de participaciones sociales ocurridas a comienzos de abril de 2008 Schtopac SL pasó a ser el único socio de Novenc 06 SL, a resultas de lo cual en la junta universal de esta última celebrada el día 3 de ese mes bajo la presidencia de Teodosio y la secretaría de su hermano Julio, aquel fue nombrado administrador único con relevo de los administradores solidarios hasta entonces ejercientes y se acordó el traslado de su domicilio social a la calle Prat de la Riba 14 de Sant Boi de Llobregat;

«8º/ Schtopac SL es una sociedad dedicada a la compra, venta y arrendamiento de inmuebles, constituida en escritura de 29 de julio de 1985 por Anibal y por Donato y sus hijos Julio y Teodosio (estos dos últimos con el 10% del capital cada uno y su padre con el 40%), que en octubre de 2006, hallándose domiciliada también en la calle Prat de la Riba 14 de Sant Boi y actuando representada Julio, firmó una permuta de tipos de interés con Banco de Sabadell por un periodo de 10 años y un importe nominal de 2.096.907,11 euros consistente en el intercambio de un interés fijo (4,18%) y otro variable (euribor 12 meses)».

2. Novenc 06, S.L., en la demanda que dio inicio al presente procedimiento, solicitó la nulidad del contrato de permuta financiera concertado con Banco Sabadell el 11 de abril de 2008, porque lo había sido con vicio en el consentimiento. En concreto, alegaba que había habido error en la formación del consentimiento, inducido por la vulneración de los deberes de información que recaían sobre la entidad financiera. Además de la nulidad, solicitaba la restitución de las prestaciones realizadas al amparo de ese contrato.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, sobre la base de las siguientes consideraciones, tal y como fueron sintetizadas por la Audiencia:

«1ª/ Novenc 06 SL contrató habiendo recibido suficiente información por parte del banco, ya que dos años antes otra empresa del grupo había suscrito un producto similar y además el administrador de la actora fue sometido al test de conveniencia; 2ª/ en todo caso, si concurriese error vicio en la formación del consentimiento, tal error sería inexcusable dado que Teodosio no leyó el contenido del contrato antes de estampar su firma; 3ª/ sin perjuicio de lo anterior, concurre dolo negativo o reticente del banco, ya que ocultó a Novenc la información en su poder acerca de la proyección futura -a la baja- de los tipos de interés ni le informó del coste de cancelación anticipada de la operación; 4ª/ ello no debe producir la invalidación del contrato financiero ya que hubo una convalidación tácita del negocio por parte de la sociedad Novenc, materializada en



la aceptación acrítica de las liquidaciones de abril de 2009 y abril de 2010 - positiva y negativa respectivamente- en una época en que ya no podía ignorar el nuevo escenario macroeconómico de caída de los tipos de interés; 5ª/ aun desestimada la demanda no se hace imposición de las costas, habida cuenta las dudas de derecho que ha suscitado la materia relativa a la validez de los productos financieros complejos».

4. Recurrída la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. Después de dejar constancia del alcance de los deberes de información que rigen en la comercialización de productos financieros complejos, cuando el cliente es un inversor minorista, la sentencia recurrida analiza la prueba practicada y concluye que ha existido una información precontractual suficiente sobre el contenido y riesgos del producto, sin que por ello hubiera habido error vicio. El razonamiento de la sentencia es el siguiente:

«La contratación del swap litigiosa se llevó a cabo de una manera sucesiva, acorde con las exigencias legales y con la necesaria asimilación por el cliente bancario de la naturaleza y riesgos del producto.

»Así, (1) en el contrato marco ya se hacía mención a la permuta de tipos de interés, definiendo su característica esencial de intercambio de un interés fijo y otro variable, (2) en la solicitud del swap a tipo fijo se advertía expresamente al cliente minorista del riesgo de la operación derivada de "las variaciones en los tipos de interés de mercado" y el banco recomendaba a la empresa solicitante que identificara previamente sus necesidades y conveniencias, (3) el test de conveniencia fue rellenado con las respuestas que diera Teodosio -según admitiera este en el interrogatorio- y en él se recoge una experiencia de Novenc superior a un año en el manejo de productos financieros derivados de valor superior a 500.000 euros, lo que, aparte de cumplimentar lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 79 bis LMV, remite sin duda, a falta de cualquier otra explicación alternativa, a la contratación año y medio antes por Shtopac SA -sociedad participada por Teodosio, administrada por su hermano Julio y socia única de Novenc- de un swap también con Banco Sabadell de importe superior a dos millones de euros, y, por último, (4) el proyecto de swap anejo a la solicitud recoge con extremada concisión los trazos esenciales de la operación, en concreto la eventualidad de que el cliente recibe o paga en función de que el euríbor a 12 meses se sitúe por encima o por debajo del tipo fijo a su cargo».

5. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación. El recurso está muy bien formulado, sin perjuicio de que haya resultado desestimado. El recurso se articula en cuatro motivos. Los dos primeros guardan estrecha relación y serán analizados conjuntamente.

SEGUNDO. *Motivos primero y segundo de casación*

1. *For mulación de los motivos.* El *motivo primero* se funda en la «infracción e los artículos 1265 y 1266 CC y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad contractual por inexistencia de error en el consentimiento cuando se han acreditado los requisitos para la existencia del error según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla»

El *motivo segundo* se funda en la «infracción de lo dispuesto en los artículos 79 y 79 bis.3 de la LMV y artículo 64 del 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. En concreto sobre la exigencia de información contractual exigible y de ineludible suministro a los clientes».

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación de los motivos primero y segundo.* El contrato de permuta financiera respecto del que se pedía la nulidad por error vicio se concertó el 11 de abril de 2008, cuando ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización 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 de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). 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».

Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre].

3. En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos 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» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, la entidad financiera demandada (Banco Sabadell) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Novenc) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

4. La Audiencia concluye que la información suministrada cumplía con estas exigencias en atención a la forma en que se desarrolló la contratación: i) el cliente remitió primero una solicitud, cuyo proyecto de swap anejo «recogía con extremada concisión los trazos esenciales de la operación, en concreto la eventualidad de que el cliente recibe o paga en función de que el euribor a 12 meses se sitúe por encima o por debajo del tipo fijo a su cargo»; ii) más tarde se recabó el test de conveniencia, que fue rellenado con la contestación del administrador de la sociedad, y en el que se advertía del riesgo de la operación derivado de las «variaciones en los tipos de interés de mercado»; y iii) finalmente se firmó la confirmación. Según deja constancia la sentencia recurrida, en el test de conveniencia el administrador de la demandante reconoció una experiencia de Novenc superior a un año en el manejo de productos financieros derivados de valor superior a 500.000 euros.

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probado que no pueden ser alterados: «la contratación del swap litigiosa se llevó a cabo de una manera sucesiva, acorde con las exigencias legales y con la necesaria asimilación por el cliente bancario de la naturaleza y riesgos del producto».

A la vista de lo anterior, es difícil contrariar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sin contradecir la base fáctica.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan el error vicio, razón por la cual se desestiman los dos primeros motivos de casación.

TERCERO. *Motivo tercero de casación*

1. Formulación del motivo tercero. El motivo se basa en la infracción de los artículos 79 bis.6 y 7 LMV, y de los arts. 72, 73 y 74 RD 217/2008, sobre realización del test de idoneidad.

En el desarrollo del motivo razona que lo adecuado en este caso hubiera sido realizar el test de idoneidad y no el de conveniencia, en atención a la labor de asesoramiento realizada por Banco Sabadell.

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

2. Desestimación del motivo tercero. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Tal y como expusimos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, conforme a la normativa MiFID, 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, 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».

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).

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, 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. A los efectos pretendidos en la demanda, en la que se ejercitó la acción de nulidad basada en el error vicio, provocado por el incumplimiento de los deberes de información, resulta irrelevante que se hubiera recabado el test de conveniencia y no el de idoneidad, pues en el primero ya se contienen las exigencias relativas a si el cliente «tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto



o el servicio de inversión ofertado o demandado». De tal forma que en sí mismo, esta circunstancia, de que sí se hubiera recabado el test de conveniencia y no el de idoneidad, no altera la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre el cumplimiento de los deberes de información y, en última instancia, sobre la no apreciación del error vicio.

CUARTO. Motivo cuarto de casación

1. Formulación del motivo. El motivo se funda en la infracción del art. 1311 CC, al no concurrir en este caso «los requisitos sobre la confirmación tácita de los contratos como fuerza convalidante del negocio jurídico nulo».

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

2. Desestimación del motivo cuarto. El recurso de casación debe formularse contra la sentencia de apelación, razón por la cual resulta irrelevante lo que hubiera podido razonar la sentencia de primera instancia, siempre y cuando no hubiera sido asumido por la sentencia de apelación.

La sentencia de primera instancia, en relación con la acción de nulidad basada en el error vicio, después de afirmar que no concurrió este vicio del consentimiento, apostilló que aunque concurriera habría que entender convalidado el negocio. Esta afirmación resulta irrelevante, porque la razón de la desestimación de la acción de nulidad por error vicio fue la ausencia de él, sin que por ello fuera necesario acudir a la convalidación.

Por su parte, la sentencia recurrida no ha desestimado la acción de nulidad por error vicio porque entendiera convalidado el negocio nulo. La Audiencia no ha apreciado que hubiera incumplimiento de los deberes de información en la comercialización del swap ni, por tanto, el error vicio. De ahí, que no pueda haberse infringido el art. 1311 CC.

Es cierto que la sentencia de primera instancia, respecto de la acción de nulidad basada en el dolo, por haber omitido el banco la información sobre la evolución de los tipos de interés, entendió que sí que concurría este vicio, pero que el contrato quedó convalidado. Esta apreciación no fue asumida por la Audiencia, que entiende desestimada esta acción por una cuestión previa, porque no existió dolo que viciara el consentimiento:

«En consecuencia, no cabe dirigir reproche alguno, menos aún a título de dolo, a Banco Sabadell por el hecho de que optase por eludir toda proyección o previsión del comportamiento futuro del euribor en la información prestada a sus clientes antes de la firma de una permuta de tipos de interés».

La sentencia recurrida no ha desestimado la acción de nulidad por dolo porque entendiera convalidado el negocio nulo, sino porque no ha apreciado que el consentimiento de la demandante se hubiera prestado viciado por dolo. En esas condiciones, no puede haberse infringido el art. 1311 CC.

QUINTO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con este 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- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Novenc 06 S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 5 de marzo de 2014 (rollo núm. 848/2012), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona de 30 de mayo de 2012 (juicio ordinario 542/2011). **2.º-** Imponer las costas del recurso a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir. Librese 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.