

Roj: **STS 5156/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5156**Id Cendoj: **28079110012015100670**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/12/2015**Nº de Recurso: **2066/2012**Nº de Resolución: **692/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 1456/2012,**
STS 5156/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por D^a Adela y Don Ramón , representados ante esta Sala por la procuradora D^a María Soledad Valles Rodríguez y asistido por el letrado D. José Luis Velázquez Perelló, contra la sentencia núm. 304/2012 dictada el treinta y uno de mayo de dos mil doce, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 275/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 798/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida "Bankia, S.A.U. (antes Caja Insular de Ahorros de Canarias, S.A.)", representada ante esta Sala por el procurador D. Francisco de Sales José Abajo Abril y asistido por el letrado D. Luis Rodríguez Muñoz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- El procurador D. Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de D^a Adela y D. Ramón , interpuso demanda de juicio ordinario contra "Caja Insular de Ahorros de Canarias-La Caja de Canarias", en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la que, con expreso acogimiento de los argumentos expuestos:

»1º) Declare la nulidad del contrato denominado contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes litigantes el 15 de octubre de 2008, por manifiesto vicio en el consentimiento prestado por los actores y por absoluta indeterminación del objeto del contrato.

»2º) Declare la obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a mis mandantes de todas las liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria, con igual fecha valor, y a retroceder cuantos intereses comisiones y gastos se hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones.

»3º) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad instada fuese rechazada, declare la nulidad y no incorporación al contrato impugnado de su condición general octava y, por lo tanto, la consiguiente nulidad de dicho contrato, al afectar a un elemento esencial de éste, con todos los efectos inherentes a dicha declaración de nulidad.

»4º) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad instada fuese rechazada, declare la resolución del contrato a instancias de mis representados, con efectos desde la reclamación efectuada por éstos



a través de la sucursal de la entidad, en fecha 27 de julio de 2009, y sin que tengan que asumir gasto alguno en virtud de dicha resolución, reintegrándoseles las liquidaciones negativas que se le hayan ido aplicando a partir de los efectos de la declaración de resolución contractual.

» Y todo ello con expresa condena a la demandada de las costas causadas en el presente juicio».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 29 de Junio de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 y fue registrada con el núm. 798/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D. Javier Hernández Berrocal, en representación de "Caja Insular de Ahorros de Canarias", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Doña Adela y Don Ramón contra La Caja Insular de Ahorros de Canarias condenando a la actora al pago de las costas judiciales».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Accidental del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona, dictó sentencia núm. 31/2012 de fecha ocho de febrero de dos mil doce, con la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda presentada por el procurador de los Tribunales, don Pedro Ledo Crespo, en nombre y representación de Doña Adela y don Ramón, contra la Caja Insular de Ahorros de Canarias representada por el Procurador don Javier Hernández Berrocal, debo hacer los siguientes pronunciamientos:

» 1º.- Debo declarar y declaro la nulidad del contrato denominado "Gestión de Riesgos Financieros" con nº NUM000 suscrito por las partes litigantes el 15 de octubre de 2008, condenando, a la demandada, a la restitución de las cantidades percibidas por causa del citado contrato con sus intereses y previa detracción de las que hubiere abonado y los intereses que éstas hubieren devengado.

» 2º.- Se imponen a la parte demandada las costas causadas en el presente procedimiento» .

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Caja Insular de Ahorros de Canarias". La representación de Dª Adela y D. Ramón se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 275/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 304/2012 en fecha treinta y uno de mayo de dos mil doce, cuya parte dispositiva dispone: «1º) Estimar el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Javier Hernández Berrocal en nombre [y] representación de Caja de ahorros Insular de Canarias (Bankia, S.A.).

»2º.- Revocar la sentencia dictada el 8 de febrero de 2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Granadilla de Abona en Autos de Juicio Ordinario nº 798/2010.

»3º.- Desestimar la demanda formulada por el Procurador D. Pedro Ledo Crespo en nombre y representación de Dª Adela y D. Ramón .

»4º.- Absolver a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

»5º No formular expresa condena en costas en ninguna de las instancias».

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora Dª Marta María Ripollés Molowny, en representación de Dª Adela y D. Ramón, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en relación con el artículo 6.3 del Código Civil. Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencia de 1/03/2012, 7/10/2011 y 14/07/2010».

«Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por incorrecta interpretación de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».



SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha cuatro de febrero de dos mil quince, cuya parte dispositiva es como sigue: «1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Adela y D. Ramón contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 31 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3^a, en el rollo de apelación n^o 275/2012, dimanante del juicio ordinario n^o 798/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Granadilla de Abona.

» 2. Y que por el secretario de la Sala se dé traslado del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida en este rollo, para que formalice su oposición, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».

OCTAVO- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 5 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de noviembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- D^a Adela y D. Ramón concertaron con "Caja Insular de Ahorros de Canarias" (en lo sucesivo, Caja Insular), que actualmente es "Bankia, S.A.U.", un contrato básico de servicios de inversión y un contrato de gestión de riesgos financieros, consistente en un contrato de swap de tipos de interés, con un notional de 200.000 euros, el 15 de octubre de 2008, indicándose como "fecha de inicio de la cobertura" el 27 de octubre de 2008. Caja Insular, a través de la sucursal de San Isidro, en la isla de Tenerife, ofreció a los demandantes ese producto financiero ante la preocupación de aquellos por el riesgo de subida de los tipos de interés, para la cobertura de este riesgo.

Antes de la suscripción de los contratos, D^a Adela fue sometida al test de conveniencia, que firmaron ambos demandantes. Asimismo, hubo alguna entrevista informativa con personal de la Caja, sin que esté determinada la información que recibieron. Los empleados de Caja Insular se servían de una documentación preparada al efecto por la Caja, consistente en una presentación y una ficha descriptiva.

El 29 de enero de 2009 los demandantes recibieron un abono de 291,85 euros, y el 27 de abril de 2009, un cargo negativo de 1075,50 euros. El 27 de julio de 2009 presentaron una hoja de reclamaciones en la que afirmaban haber contratado el producto « como seguro de cobertura de tipo de interés sobre nuestras hipotecas, lo cual no implica un producto de riesgo, el cual luego de hacer 2 liquidaciones negativas, nos hemos dado cuenta que nos han vendido otro producto, lo cual ha sido un engaño », interesando la cancelación del contrato y el reintegro de la liquidación, a lo que se negó Caja Insular, que cifró el coste de la cancelación en 13.400 euros, sucediéndose sucesivas liquidaciones negativas para los demandantes.

2.- El 29 de Junio de 2010 los demandantes presentaron demanda en la que, como petición principal, solicitaron la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros por error vicio en el consentimiento y por indeterminación del objeto del contrato y la obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada, condenando a la entidad demandada al reintegro a los demandantes de todas las liquidaciones cargadas en su cuenta bancaria, con igual fecha valor, y a retroceder cuantos intereses comisiones y gastos se hayan aplicado en dicha cuenta bancaria, como consecuencia del cargo de tales liquidaciones.

3.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Consideró que el contrato de swap estaba caracterizado por la nota de la aleatoriedad y se trataba de un producto complejo. Analizó la normativa del mercado de valores, en concreto la Ley del Mercado de Valores en la redacción dada por la Ley 47/2007, y el Real Decreto 217/2008, que establecía una especial protección del cliente, con especial énfasis en la fase precontractual. La empresa que desarrolla su actividad en este mercado debe advertir en especial de los riesgos de sus operaciones, en concreto a sus clientes minoristas, como era el caso de los demandantes. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Estas empresas deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como que bajo



determinados escenarios de evolución de los tipos de interés a la baja las liquidaciones negativas pueden tener cuantías relevantes, que si se pretende la cancelación anticipada pueden generarse pérdidas importantes, y debe indicarse la manera específica en que se calculará el coste de dicha cancelación.

Sin embargo, seguía argumentando el Juzgado, según las propias manifestaciones del director de la sucursal, el producto se ofreció como beneficioso, como una cobertura, sugiriendo a los demandantes su contratación. En el documento descriptivo del producto se observaba una falta de claridad en la descripción, y en la información dada a los demandantes se resaltaron los aspectos positivos del producto, desde una previsión de alza de los tipos de interés, relegando a un segundo plano la posibilidad de un mercado bajista, con lo que se indujo al cliente a un error sobre la verdadera finalidad e idoneidad del contrato, que se presenta como una cobertura del riesgo económico del alza del interés variable.

Además, solo se le sometió al test de conveniencia a la codemandante, sin que conste que Caja Insular sometiera a ambos demandantes al test de idoneidad. Que los demandantes se dedicaran a la venta de muebles importados de Perú, que hubieran contratado productos no complejos con el banco, no significaba que tuvieran conocimientos que les permitieran percatarse del alcance del contrato que firmaban, incurriendo en el error del que solo se percataron cuando empezaron a producirse liquidaciones negativas por sumas significativas. La información facilitada por Caja Insular fue completa y adecuada al producto complejo y a sus riesgos, especialmente para el caso de que se produjera la bajada importante de los tipos de interés.

Por todo ello, concluía el Juzgado, se produjo un vicio invalidante en la prestación del consentimiento consistente en un error sobre las condiciones esenciales del contrato, excusable, pues con la información facilitada no pudo conocerse el alcance de la finalidad real y los aspectos económicos del producto contratado.

4.- Caja Insular apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda.

Sin alterar significativamente los hechos fijados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, aunque sí la valoración jurídica de los mismos, la Audiencia dio importancia determinante al contenido del test de conveniencia referido a la codemandante, con estudios superiores y en el que manifestaba conocer como funcionaba una cobertura de tipos de interés, y el hecho de que esta fuera administradora de una sociedad limitada, así como que los demandantes carecían de la cualidad de **consumidores**.

Mencionaba la Audiencia Provincial la comunicación del Banco de España que afirmaba que para la comercialización de estos productos solo se exigiría el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa bancaria.

Consideraba que la mera lectura del contrato, incluso somera y superficial, impedía admitir la tesis de los demandantes, pues su funcionamiento queda perfectamente plasmado, sin obscuridad alguna, en el texto del contrato, aunque el propio representante de la demandada admitió que el término "cobertura" es ambiguo, y tomó también en cuenta que el director de la sucursal afirmara haber informado debida y adecuadamente a los clientes.

Afirmó la Audiencia que no podía determinarse cuál había sido el contenido de la información facilitada a los demandantes en sus reuniones con los empleados de Caja Insular ni si se les había mostrado o entregado la presentación o el folleto explicativo del producto, aunque consideraba lógico que en la información se tratara más sobre la subida de los tipos de interés que sobre la bajada.

Finalizaba la Audiencia Provincial afirmando que el error no habría sido excusable porque con un nivel de diligencia normal habría podido ser salvado. En conclusión, no podía apreciarse la existencia de error en el consentimiento que determinara la nulidad del contrato suscrito por las partes.

5.- Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia.

Las objeciones sobre inadmisibilidad del recurso opuestas por la demandada no pueden ser aceptadas, puesto que parten de un concepto extremadamente formalista y restrictivo del interés casacional, que en el caso del recurso es notorio por la existencia de resoluciones contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales, y, actualmente, se opone a la jurisprudencia de esta Sala sobre el error vicio del consentimiento en los contratos financieros complejos, y en concreto, en el contrato de swap.

SEGUNDO.- Formulación de los motivos del recurso de casación.

1.- Los motivos del recurso de casación se encabezan con los siguientes títulos: *«Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en relación*

con el artículo 6.3 del Código Civil . Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencia de 1/03/2012 , 7/10/2011 y 14/07/2010 ».

«Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por incorrecta interpretación de la LEC, por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los artículos 60 a 70 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero , por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

2.- Partiendo de las discrepancias entre distintas Audiencias Provinciales en la interpretación de los deberes de información a cargo de las entidades financieras en la comercialización de los contratos de swap, por cuanto que algunas Audiencias no los consideran cumplidos con una información genérica sino que exigen una información precisa y detallada al cliente, mientras que otras aceptan que aunque se trate de una información genérica, no detallada en cuanto a las características y riesgos del swap, es suficiente para entender cumplida la normativa reguladora del mercado de valores, los recurrentes optan por la primera tesis, por no ser aceptable una mera información genérica o imprecisa al cliente.

Criticando que la sentencia de la Audiencia Provincial, que parte de que los demandantes están suficientemente preparados para entender la complejidad del producto por desempeñar una actividad mercantil y considera lógico que la entidad bancaria se centre más en incidir sobre el posible escenario de subidas de los tipos de interés que sobre las bajadas, « pase de puntillas por un precepto fundamental para el caso, el artículo 79 bis de la LMV ».

En el primer motivo relacionan este incumplimiento con la previsión de nulidad por infracción de las normas imperativas que establece el art. 6.3 del Código Civil , y en el segundo inciden en que es obligación de la entidad de crédito concretar los riesgos de la operación al cliente sin que resulten suficientes advertencias genéricas.

3.- La recurrida considera que aun cuando los preceptos legales invocados en el recurso se refieren a la información que debe facilitar la entidad que presta los servicios de inversión, la falta de tal información no puede asimilarse ni tener los efectos propios de la existencia de un error en el consentimiento.

Alega asimismo que en el expositivo del contrato se hacía referencia a los potenciales riesgos del producto, que los clientes declaraban conocer y asumir, así como que no habían sido ni iban a ser asesorados por Caja Insular y tenían capacidad para evaluarlos y entenderlos independientemente o a través de asesoramiento profesional, con lo que los demandantes reconocían haber sido suficientemente informados.

Asimismo, consideró que no había resultado acreditado que la información facilitada a los demandantes fuera de carácter genérico, y que no era necesario contar con específicos conocimientos bancarios para que, de la simple lectura, se entendiera el contrato, utilizando una mínima e inexcusable diligencia, poniendo de relieve el carácter cualificado de los demandantes, pues la Sra. Adela era administradora única de una sociedad limitada dedicada a la venta de muebles importados.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Las obligaciones de información de la entidad que ofrece la suscripción de un contrato de swap y la incidencia de su incumplimiento en el error del consentimiento.

1.- El tratamiento que la Audiencia Provincial da a las obligaciones de información de la entidad bancaria que ofrece a su cliente la suscripción de un contrato de swap para cubrir el riesgo de elevación de los tipos de interés no es correcto pues no se ajusta a las exigencias derivadas de la normativa reguladora del mercado de valores.

En primer lugar, la normativa aplicable para determinar los deberes de información que incumben a tales entidades no es la normativa bancaria, como se dice en la comunicación del Banco de España que se cita por la Audiencia. Como hemos declarado en las sentencias núm. 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014 , 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014, de 8 de julio , y 110/2015, de 26 de febrero , la normativa aplicable para determinar las obligaciones de información de las empresas que ofertan un contrato de swap es la normativa reguladora del mercado de valores, y en concreto la Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), en la redacción dada por la Ley 47/2007, y el Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (en lo sucesivo, RD 217/2008), pues en el anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (swaps), cuyo sometimiento a la normativa indicada, como productos financieros complejos, no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011).

2.- En segundo lugar, para que la entidad financiera cumpla las exigencias legales de esta normativa reguladora de sus deberes de información al cliente, no basta con una información genérica, y menos aún con una que



haga hincapié en las ventajas del producto pero deje en un segundo plano los riesgos que conlleva para el cliente.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes determinan que la información dirigida a sus clientes ha de ser imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), y además la entidad financiera 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 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* ».

En su apartado 2, concreta que « *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* ».

3.- 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.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, la entidad financiera debe someter al cliente al test de idoneidad 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 que 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 (...)* ».

El test de conveniencia, de ámbito más limitado, solo es procedente cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, conforme al apartado 7 del art. 79 bis LMV. Se entiende por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.



En el caso enjuiciado, el ofrecimiento del swap partió de la entidad financiera cuando los clientes le mostraron su preocupación por la posible subida de los tipos de interés, por lo que el test que debió haberse realizado (a ambos, no a uno solo de los clientes) fue el de idoneidad, no el de conveniencia, y el asesoramiento debió haberse prestado convenientemente. Por el contrario, las menciones predispuestas a que hace referencia Caja Insular al oponerse al recurso tratan de eludir dicha obligación de asesoramiento e información, haciendo al cliente responsable de informarse por sí mismo o por asesoramiento externo.

4.- Como consecuencia del deber de información imparcial, clara y no engañosa que la normativa sectorial impone a las empresas que prestan servicios de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este, y debe hacerlo con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida. La intensidad de estos deberes de información es tanto mayor cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor.

En primer lugar, no es correcto que la Audiencia admita que la información que suministre la entidad bancaria ponga de relieve los aspectos positivos del producto, en concreto la cobertura frente a subidas de los tipos de interés (que es lo que buscaban los demandantes), y que la advertencia sobre los riesgos quede relegada a un segundo plano y se limite, en los documentos utilizados en la oferta del producto (que ni siquiera consta cómo fueron explicados a los demandantes, pues la Audiencia afirma que no hay prueba del contenido de la información precontractual que se les dio), a la mención de riesgos muy genéricos, al igual que en el contrato. La obligación de información imparcial, clara y no engañosa no queda satisfecha por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. Es necesario que la entidad financiera advierta de modo claro de los efectos perniciosos que el contrato traerá para el cliente para el caso de que bajen los tipos de interés, y que existe un riesgo de pérdidas de cuantías importantes, a la vista del nocional del contrato.

La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

La Audiencia Provincial no ha considerado relevante la ausencia de información sobre este extremo, pese a que el Juzgado de Primera Instancia sí consideró relevante la mayor accesibilidad de la demandada a las previsiones de comportamiento de la variable, pues la fijación de las condiciones esenciales de los contratos de swap concertados no pudo realizarse por Caja Insular al azar, sino con base en un previo estudio del mercado y en unas expectativas sobre el comportamiento de la variable

Directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos declarado en otras ocasiones, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente. Resulta llamativo que transcurridos pocos meses desde el inicio de la vigencia del swap, cuando los clientes se dan cuenta de los riesgos reales que la suscripción del contrato conlleva e intentan cancelarlo, son sorprendidos con la exigencia de una importante cantidad, en relación con el importe del nocional, para poder cancelar anticipadamente el contrato.

5.- Caja Insular, al oponerse al recurso, alude a la existencia de menciones en el contrato conforme a las cuales los clientes declaraban conocer y asumir los riesgos del producto, así como que no habían sido ni iban a ser asesorados por Caja Insular y tenían capacidad para evaluarlos y entenderlos independientemente o a través de asesoramiento profesional, con lo que los demandantes reconocían haber sido suficientemente informados.

Estas menciones predispuestas en los contratos conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencia núm. 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, y 265/2015, de 22 de abril) la ineficacia de las menciones predispuestas que



consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap, cumpliendo de este modo los deberes inherentes a su labor de asesoramiento.

6.- Hemos declarado también en anteriores sentencias que el banco debe suministrar al cliente una información clara y correcta sobre la forma de calcular el coste de cancelación anticipada de los productos. Esta información tiene carácter esencial por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap y de hecho se prevé expresamente la liquidación de la cantidad a pagar en tal caso. El Juzgado de Primera Instancia así lo entendió, tanto en lo relativo a la expresión del criterio de liquidación como a la envergadura del coste que puede suponer dicha cancelación anticipada.

La Sala considera incorrecto que la Audiencia Provincial haya considerado intrascendente este extremo.

7.- Asimismo, la entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, ante la existencia de barreras que limitan el riesgo del banco en caso de subida del tipo de interés, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional.

Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma en la que se advierte de que, en ciertos supuestos, « *el cliente tendría un coste financiero superior para ese Periodo de Cálculo al que hubiera existido en el supuesto en que no hubiera contratado esta Operación*», o que « *el Cliente reconoce y acepta que los instrumentos financieros contratados al amparo de este Contrato, conllevan un grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente CONTRATO*».

Además, tales avisos no se han facilitado con la antelación suficiente, pues se contienen en el propio documento contractual, y no contienen una información mínimamente clara y precisa sobre la verdadera naturaleza de los riesgos asumidos por el cliente y la gravedad que puede llegar a alcanzar el riesgo de pérdidas económicas que para el cliente se deriva del contrato ofrecido por la entidad financiera.

8.- Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia de que la simple lectura del contrato sirve para comprender los riesgos del producto.

No solo se desconoce la importancia de que la información clara, no engañosa e imparcial sobre las características y riesgos del producto se facilite al cliente con suficiente antelación, para que pueda ser comprendida, sino también el carácter complejo de este tipo de contratos, cuyos términos son de difícil comprensión para quien no esté familiarizado no ya con la contratación bancaria, sino con la contratación de productos financieros complejos.

9.- No se admite la alegación de la recurrida de que el incumplimiento de los deberes de información por Caja Insular nada tiene que ver con la existencia de error que vicie el consentimiento ni, por tanto, con la correcta aplicación de la disciplina legal que lo regula. Como hemos dicho en anteriores resoluciones, el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.

El hecho de que una de los clientes sea administradora de una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, en este caso dedicado



a la venta de muebles, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado y experto en este tipo de productos.

Caja Insular sometió a uno solo de los demandantes a un test de conveniencia, cuando debió someterlo a un test de idoneidad, puesto que la iniciativa del ofrecimiento de los contratos de swap había partido de ella cuando los demandantes les solicitaron protección frente a eventuales subidas de los tipos de interés. De la suscripción de dicho test no pueden extraerse las conclusiones que extrae la sentencia recurrida, dada su parquedad, y dado que, como observó el Juzgado de Primera Instancia, la afirmación de conocer el funcionamiento de las coberturas de tipos de interés pudo ser hecha tras recibir las informaciones genéricas por parte del director de la sucursal, que solo hizo hincapié en las ventajas, sin advertir adecuadamente sobre los riesgos, por lo que tal información, incluso el hecho de haber trabajado en gestión financiera (sin más concreciones, dado lo parco del test), no le convertía en un cliente experto en productos financieros complejos del tipo de los contratos de swap. Por otra parte, dicho test tiene por finalidad conocer los conocimientos y experiencia del cliente a fin de valorar su capacidad y aptitud para comprender la información que se le facilite. Pero si apenas se le ha facilitado información, difícilmente la suscripción de dicho test puede suplir tal deficiencia.

Hemos afirmado en las sentencias núm. 549/2015, de 22 de octubre, y 633/2015, de 19 de noviembre, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso del departamento de contabilidad, son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

El hecho de que la demandante hubiera concertado anteriormente otros contratos bancarios propios de su actividad empresarial (préstamos, créditos, descuentos, etc.) no supone, por sí mismo, que sea un cliente experto en operaciones de naturaleza compleja del tipo del contrato de swap.

10.- Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, *«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente»*.

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.



11.- No puede admitirse que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque los demandantes podían haberlo evitado con una diligencia regular o media, asesorándose debidamente sobre la naturaleza, características y riesgos de los contratos de swap que concertaba.

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

Tampoco puede aceptarse que la simple lectura de las cláusulas del contrato de swap fuera suficiente para que la demandante tuviera información adecuada sobre el producto cuya contratación se le ofrecía, puesto que se trata de contratos muy complejos, de difícil comprensión por quienes no sean profesionales del mercado de este tipo de productos derivados, y, como ya se ha explicado, los avisos de riesgos no advertían adecuadamente sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato.

12.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de valores citados en el recurso, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Caja Insular a los demandantes, y que estos clientes resultaron adecuadamente informados a la vista del perfil de conocimientos y experiencia de la codemandante. Se ha producido, por tanto, el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuya correcta fundamentación se acepta.

CUARTO .- Costas y depósito.

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las costas del recurso de casación. La revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la desestimación del recurso de apelación que ello lleva consigo supone que las costas del mismo deben imponerse a Caja Insular, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dª Adela y Don Ramón, contra la sentencia núm. 304/2012 dictada, en fecha treinta y uno de mayo de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección tercera.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de "Caja Insular de Ahorros de Canarias", contra la sentencia núm. 31/2012 de fecha ocho de febrero de dos mil doce, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona, que confirmamos, y condenamos a de "Caja Insular de Ahorros de Canarias" al pago de las costas del recurso de apelación.

3.- No procede imposición de costas del recurso de casación. Devuélvase a los recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el



trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ