



Roj: **STS 1644/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1644**

Id Cendoj: **28079110012016100242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **3264/2012**

Nº de Resolución: **235/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 1660/2012,**
STS 1644/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la mercantil Nexcopolimer, S.L., representada ante esta Sala por la procuradora D.^a Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo, bajo la dirección letrada de D. Antonio Mendía Martí contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2012 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación núm. 263/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 309/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona, sobre declaración de nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras y confirmación de operación de permuta financiera de tipo interés (Swap). Ha sido parte recurrida Banco de Sabadell, S.A., representado ante esta Sala por la procuradora D.^a Blanca María Grande Pesquero y bajo la dirección letrada de D. Ángel Segarra Barrachina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Juan Carlos Recuero Madrid, en nombre y representación de Nexcopolimer, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Sabadell, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Se declare nulo el contrato marco de operaciones financieras y la operación de confirmación de permuta financiera de tipos interés suscrito entre las partes, debiendo los contratantes restituirse las cantidades recibidas recíprocamente, condenando al Banco de Sabadell a dejar sin efecto el saldo negativo existente en la cuenta de mi representada NEXCOPOLIMER S.L. producto de las cantidades que se sigan cargando como consecuencia del contrato hasta ejecución de sentencia, más los intereses legales de dicha cantidad (artículos 1100 y 1108 del Código Civil) desde la fecha de su cargo en cuenta, y al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 8 de febrero de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona y fue registrada con el núm. 309/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María Josefa Martínez Bastida, en representación de Banco de Sabadell, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte en su día Sentencia 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».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona dictó sentencia de fecha 9 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:



«FALLO: Se estima la demanda interpuesta por el Procurador Don Juan Carlos Recuero Madrid, en nombre y representación de la mercantil NEXCOPOLIMER, S.L., contra la entidad BANCO DE SABADELL, S.A., representada por la Procuradora Doña Josefa Martínez Bastida, y, en su virtud, se adoptan los siguientes pronunciamientos:

»a) Se declara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras suscrito por los litigantes en fecha 11 de enero de 2008, así como la operación de confirmación de permuta financiera de interés firmada en la misma fecha, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cantidades que hubiesen percibido en virtud de tales contratos.

»b) Se condena a Banco de Sabadell, S.A. a dejar sin efecto el saldo negativo existente en la cuenta de la mercantil actora y que sea producto de las cantidades que se sigan cargando en aquella cuenta en virtud de los referidos contratos hasta la ejecución de la sentencia, con aplicación de los intereses legales desde las fechas de las respectivas operaciones de cargo.

»c) Se imponen a Banco de Sabadell, S.A. las costas del procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Sabadell, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que lo tramitó con el número de rollo n.º 263/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva dispone:

«ESTIMAMOS el recurso interpuesto por BANCO DE SABADELL, S.A., contra Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Tarragona de fecha 9/11/2011, en procedimiento ordinario 309/10, que se REVOCA, haciendo los siguientes pronunciamientos:

»1. Desestimamos la demanda interpuesta, imponiendo las costas de primera instancia a la actora.

»2. No se hace imposición de costas en el recurso».

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

1.- El procurador D. Juan Carlos Recuero Madrid, en representación de Nexcopolimer, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- El primer motivo, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, denuncia error en la valoración de la prueba.

Segundo.- El segundo motivo, al amparo del motivo segundo del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 217 del mismo texto legal en cuanto a las normas legales de distribución del *onus probandi*».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- (apartado segundo del escrito de interposición) al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del artículo 79 bis LMV, de 1988; por infracción del artículo 19 de la Directiva 2004/39.

Segundo.- (apartado tercero según el escrito), al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del artículo 48.2, Ley 26 / 88, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; arts. 74 y 78 de la Ley 24/1988, LMV, RD 629/1993.

Tercero.- (apartado quinto según el escrito de interposición), al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del art. 62 del Texto Refundido de 2007.

Cuarto.- (apartado sexto según el escrito), al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción de los artículos 1265, 1266, 1300 y 1303, todos ellos del Código Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de NEXCOPOLIMER, S.L., contra la sentencia dictada, el 20 de septiembre de 2012,



por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 263/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 309/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Tarragona [...].».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 14 de marzo de 2016 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 día 31 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- En fecha 11 de enero de 2008, las entidades Nexcopolimer, S.L. y Banco de Sabadell, S.A., suscribieron un contrato Marco de Operaciones Financieras. La estipulación 2.ª de este contrato establecía que su objeto era la regulación de la relación comercial que surgiera entre las partes como consecuencia de la realización de determinadas operaciones, describiendo al efecto diferentes permutas financieras (swaps).

2.- En la misma fecha se firmó la confirmación de una operación swap, por importe de 500.000 €. Ese día y en la misma oficina del Banco, se suscribió otra operación similar por importe de 1.000.000 € con otra empresa administrada por el mismo administrador de Nexcopolimer, S.L., D. Valentín, Toful de Mar, S.L., en el marco de la confianza existente con el director de aquella sucursal.

En el contrato se clasifica al cliente como minorista y se establece que el producto es complejo. Consta, además, que el cliente renuncia a la realización del test de conveniencia.

3.- El 8 de febrero de 2010, la entidad Nexcopolimer, S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra el Banco de Sabadell, S.A., interesando la declaración de nulidad del contrato Marco de Operaciones financieras y una confirmación de operación de permuta financiera de tipo de interés por error en el consentimiento, con fundamento en la falta de información sobre el producto comercializado y la escasa formación del personal encargado de dicha comercialización. Solicitó, también, la aplicación al contrato de la legislación protectora de consumidores y usuarios.

4.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento, la sentencia de primera instancia estimó en su integridad la demanda. En primer lugar, el juez rechazó la aplicación al contrato del marco legal regulador de la protección de consumidores y usuarios, al carecer la entidad actora de la condición de consumidor. Seguidamente, analizó si la entidad Banco Sabadell incumplió los deberes de información que le incumbían en la contratación del producto litigioso. Argumenta la sentencia, que el banco no aportó los ejemplares del Contrato Marco de Operaciones Financieras y de los anexos I y II, cuya carga probatoria le incumbía, y que habrían facilitado el análisis sobre el cumplimiento de los citados deberes. Subrayó el carácter minorista del cliente y el carácter complejo del producto financiero y destacó que el Banco omitió la realización del test de conveniencia, y si bien el Real Decreto 217/2008 no se hallaba aún en vigor en el momento de la suscripción del contrato, sí lo estaba la modificación del artículo 79 bis de la Ley 24/1988 y el apartado 7 de dicho precepto no admite ni regula la posibilidad de que el cliente renuncie a facilitar la información a la que se refiere el test, de forma que la cumplimentación del test de conveniencia se configura como un imperativo legal de la fase precontractual de la operación de swap y su renuncia, no solo debe reputarse nula, sino que impide que la entidad de inversión pueda determinar si el producto financiero es o no adecuado para el cliente, lo que en la práctica equivale a la imposibilidad de suscribir la correspondiente operación. Por esta razón, aun cuando se pudiera admitir la veracidad de la renuncia por parte de la actora, el comportamiento del banco no se habría sujetado a la normativa proteccionista del inversor minorista que obligaba a abstenerse de recomendar la inversión al cliente. Además de la falta de cumplimentación del test de conveniencia, el incumplimiento de los deberes de información aparecen evidenciados, según la valoración realizada por la sentencia, por el hecho de que el banco apenas proporcionó información alguna sobre el contrato y le indujo a firmarlo tras unos breves minutos de explicación - quince minutos-, y en esta explicación no se hizo referencia ni a los riesgos que genera esta contratación ni a la forma en que podría operar su cancelación anticipada, cuyo coste, cuando se consultó esta posibilidad con el Banco, ascendía a la cantidad de 27.500 €. El incumplimiento descrito determina la existencia de error en el consentimiento y la consiguiente nulidad de los contratos.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia dictada en primera instancia con los siguientes argumentos obtenidos de la valoración probatoria: l) el administrador de la entidad actora firmó el contrato sin leerlo, lo que supone una



inexcusable negligencia que ya hace que le sea imputable el vicio del consentimiento que denuncia; II) no resulta creíble que la actora creyera que le estaban haciendo un seguro cuando no tenía ninguno otro producto en el banco que garantizar, ni consta tal función aseguradora; III) no resulta creíble que la actora desconociera el producto, tanto por ser empresario, como por su cuantía, como también porque contrató hasta cuatro swap; IV) tampoco resulta creíble que la actora desconociera el producto que contrataba, dado que se benefició del producto durante aproximadamente un año, dándose cuenta del vicio cuando el producto le dejó de dar beneficios y le generó gastos; V) no resulta creíble que la actora desconociera el producto de riesgo que contrataba atendiendo al documento que tuvo que presentar para poder contratarlo, en el que se solicitaba la contratación del producto «de forma expresa y bajo mi responsabilidad, manifestando que mi compañía no desea cumplimentar el test de conveniencia», documento del que se puede deducir que se está contratando un producto atípico y de riesgo; VI) respecto a la renuncia al test de conveniencia, no estaba en vigor cuando se contrató el Real Decreto 217/2008 y, además, la posibilidad que tenía la actora de renunciar a hacer dicho test estaba amparada por el art. 19.5 de la Directiva 2004/39/CE ; VII) no es significativo que el contrato se firmara después de solo 15 minutos de información, ya que el administrador había contratado antes otros swap; VIII) no existe prueba que acredite que el banco tuviera información relativa a la evolución de los tipos de interés en el futuro; IX) el contrato no permitía el desistimiento unilateral por parte del actor, el plazo de tres años no era exorbitante y constan también las causas del vencimiento anticipado y sus efectos, no pudiendo considerar que el coste del desistimiento unilateral de 27.500 euros, sea un coste de considerable magnitud, al suponer solo el 5,5% de la inversión. Por todo ello, concluyó que la parte actora no había acreditado suficientemente la existencia del error en el consentimiento.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal.*

Planteamiento :

1.- En el motivo, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC , se denuncia error en la valoración de la prueba.

2. - En su desarrollo se cuestionan los razonamientos esgrimidos por la sentencia para estimar el recurso de apelación. En este sentido argumenta que es una arbitrariedad sostener que el importe de 27.500 €, como coste de cancelación anticipada, no es de considerable magnitud; también, la afirmación de que no es significativo que el contrato se firmara solo después de 15 minutos de presentarlo, contraviene la normativa aplicable sobre el deber de información precontractual. En esta misma línea argumentativa, estima que sostener, como hace la sentencia, la exclusiva negligencia del administrador por no haber leído el contrato ignora la valoración probatoria realizada en ambas instancias, con relación a la confianza existente entre el cliente y el director. Además, cuestiona que se haya destacado la circunstancia de haberse contratado otros swaps para justificar la ausencia de información, sin ni siquiera hacer mención al orden en que se firmaron las sucesivas operaciones de confirmación, también, que el cliente no creyera que estaba firmando un seguro y, sobre todo, que la sentencia sostenga que la renuncia al test de conveniencia se hiciera con la lógica de que se trataba de un producto atípico y de riesgo, cuando quien lo ha firmado carece de todo conocimiento. En el desarrollo expositivo del motivo también se valoran jurídicamente distintos aspectos de la controversia como la función que tiene el test de conveniencia y el cumplimiento de los deberes legales de información a los clientes calificados de minoristas.

Decisión de la Sala :

1.- Esta Sala ha reiterado que nuestro proceso civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a la valoración de la prueba. El recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

En nuestras sentencias núm. 418/2012, de 28 de junio , y 262/2013, de 30 de abril , tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, recordamos que:

«[n]o todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.



» Como se advierte, la recurrente no identifica ningún error de este tipo en la redacción del motivo, en el que lo que busca es una revisión conjunta de la valoración de la prueba practicada, con olvido de que la misma constituye función exclusiva de los Tribunales de las instancias, sin posibilidad jurídica de nuevo examen por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia de causa legal para ello».

2.- En el examen del motivo, se advierte que el recurrente mezcla aspectos fácticos y jurídicos de la controversia y pretende combatir las conclusiones a las que llegó la Audiencia Provincial ofreciendo una nueva versión, no solo de los hechos, sino de la correcta aplicación del derecho, de forma que más allá de pretender una revisión fáctica de la litis, lo que realmente se cuestionan son las conclusiones jurídicas que obtiene la sentencia con las que no está conforme y ésta es una labor cuyo examen ha de realizarse a través del recurso de casación.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal.

Planteamiento :

1.- El motivo segundo, al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 LEC , denuncia la infracción del artículo 217 LEC , en cuanto a las normas legales de distribución del *onus probandi*.

2.- En su desarrollo se argumenta, en contra de la sentencia recurrida, que la parte actora cumplió sobradamente con la carga de probar los hechos que fundamentaban la pretensión inicial y, además, que en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba que la sentencia de segunda instancia no ha tenido en cuenta. Así, de la prueba practicada se desprendería que el banco no ha asesorado correcta y fielmente al cliente y que se omitió información sobre el verdadero riesgo que entrañaba el negocio y la imposibilidad de cancelar anticipadamente su vigencia, a menos de sufrir un serio quebranto patrimonial.

Decisión de la Sala :

1.- En lo que atañe a este segundo motivo, relativo a la infracción de las normas sobre carga de la prueba, dicha institución no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 LEC , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298 LEC), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º LEC , al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el citado art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (Sentencia de esta Sala núm. 244/2013, de 18 de abril , entre otras muchas).

2.- Y eso no es lo sucedido en este caso, en que la sentencia recurrida no aprecia ausencia de prueba, sino que, partiendo de los hechos que estima probados, considera que no se dan razones para anular el negocio por error en el consentimiento al entender que el cliente conocía el producto que estaba firmando. Por lo que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos hacer al respecto al resolver el recurso de casación, este segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Recurso de casación.

CUARTO.- Motivos primero, segundo y cuarto del recurso de casación.

Planteamiento :

1.- En el motivo primero, al amparo del artículo 477.2.3º LEC , se denuncia la infracción del artículo 79 bis LMV y el artículo 19 de la Directiva 2004/39 . En su desarrollo se denuncia el incumplimiento por parte del banco de los deberes de información que debían haber protegido al cliente minorista y se destaca que se hizo firmar al cliente una renuncia expresa y bajo su responsabilidad al test de conveniencia y aunque cuando se firmó el contrato no estaba vigente el Decreto 217/2008, sí lo estaba la modificación del artículo 79 bis de la Ley 24/1988 , operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

2.- En el motivo segundo, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC , se denuncia la infracción del artículo 48.2 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito , artículos 74 y 78 de la Ley 24/1988 reguladora del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993. En el motivo se incide en la falta de información de la entidad bancaria sobre los riesgos del producto en relación al escenario de pérdidas



derivadas de la bajada de los tipos de interés y del coste que suponía su cancelación, destacando el escaso margen de quince minutos que dispuso el cliente para examinar la documentación antes de firmarla

3.- En el motivo cuarto, también por el mismo ordinal, se denuncia la infracción de los artículos 1265 , 1266 , 1300 y 1303, todos ellos del Código Civil , en orden a que el incumplimiento de los deberes de información, al haber omitido aspectos esenciales del contrato, tiene virtualidad suficiente para provocar error que vició el consentimiento del administrador de la entidad actora.

Decisión de la Sala. Estimación de los motivos:

1.- Los motivos primero, segundo y cuarto, dada su conexión lógica, se analizan conjuntamente

2.- Respecto de los mismos, como ha quedado dicho, la sentencia recurrida considera que no hubo error vicio en el consentimiento. Sin embargo, a efectos de valoración jurídica, hemos de tener presente que la propia sentencia parte de la constatación de una serie de incumplimientos por parte de la entidad financiera en relación con sus obligaciones legales de estudio del perfil del cliente, de la adecuación del producto a sus condiciones profesionales y económicas y de los deberes de información precontractual. Y ello, pese a lo concluido por la sentencia, resulta trascendente, puesto que como hemos dicho en otras resoluciones precedentes, posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

3.- A esta finalidad responde el conjunto de normas contenido en la Ley del Mercado de Valores, por incorporación a nuestro ordenamiento de la denominada normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive o Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros), y que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para lo que será presupuesto necesario recabar información sobre el propio cliente. La legislación del Mercado de Valores, partiendo del objetivo fundamental de fomentar la transparencia y la información en beneficio de los inversores (o más ampliamente, de los clientes del mercado financiero), distingue entre los clientes minoristas y los clientes profesionales. Conforme al artículo 78 bis 2 de la Ley del Mercado de Valores , clientes profesionales son «aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos»; estableciéndose a continuación una serie de presunciones legales de profesionalidad (entidades financieras y empresarios con elevado volumen de negocio), mientras que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales (art. 78 bis 4). Es más, el cliente minorista no puede libremente renunciar a su clasificación, sino que dispone a estos efectos el art. 79 bis-3 e) LMV que la renuncia queda en todo caso condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos, e incluso deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los requisitos previstos en la norma y que quieren reservar el cambio de calificación del cliente a supuestos de gran capacidad financiera o de acreditada experiencia en este sector. Siendo evidente que el cliente minorista es el que ha de recibir el mayor grado de protección, porque cuenta con menor experiencia y conocimientos del mercado financiero, que le impiden comprender la naturaleza y los riesgos de los mercados, productos y servicios de inversión. En suma, la normativa contenida en la LMV pretende mejorar la protección del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de sus clientes; proporcionarles información imparcial, clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas.

En el presente caso, el hecho de que no estuviera en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, en atención a la fecha en la que se firmaron los contratos, no es óbice para que tengan toda su virtualidad las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional, en el marco del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , en su redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, vigente a la fecha de los contratos.



4.- Por otro lado, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, la entidad financiera prescindió de todo el procedimiento normativamente previsto para la selección del cliente, el estudio de la adecuación del producto a su perfil inversor y el ofrecimiento de una información mínimamente expresiva de las características de la operación y especialmente sobre el coste de cancelación. Como hemos advertido en resoluciones precedentes, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». A lo que debe añadirse que el contrato y sus estipulaciones no fueron individualmente negociados, al tratarse de un contrato predispuesto por la oferente con vocación de proyectarlo a una generalidad de clientes (contrato de adhesión); y su clausulado no cumple las especificaciones de claridad y transparencia que exigía la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Máxime cuando lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo.

5.- Como recalca la meritada Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014 :

«[e]l deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato". Añadiendo que "[E]n un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía».

Aquí ni siquiera se realizó un test de conveniencia, ni tampoco un test de idoneidad, por lo que difícilmente puede afirmarse que el producto era adecuado al perfil del cliente. En suma, parafraseando nuevamente la citada Sentencia, «[l]a omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo». De manera tal que con tan relevantes omisiones, la entidad financiera incumplió su función de prospección del perfil del contratante para evaluar la adecuación del producto financiero a sus condiciones personales y económicas.

6.- En lo relativo al error como vicio del consentimiento, no tenemos más que remitirnos nuevamente a la tan citada Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2014 , que dice:

«Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que 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, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación. De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental



equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, 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».

7.- De ello cabe concluir las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

8.- En relación con este producto complejo, "Banco de Sabadell S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrataba, sin experiencia suficiente y contrastada en el mercado financiero.

La renuncia al test de conveniencia, incluso en la hipótesis de haber sido un acto voluntario del administrador de la sociedad contratante, no exime a la entidad comercializadora de la necesaria verificación de las condiciones precisas del cliente para la contratación de este producto en cuanto a su conveniencia. Además, la parte actora se limita a firmar unos documentos pre-redactados por la entidad bancaria a tal efecto y llevada por la confianza en su gestor y, por otro lado, difícilmente puede concluirse, en atención a su perfil, que el cliente pudiera conocer el alcance de dicha renuncia y sobre todo, dada la complejidad del producto ofertado, su incidencia en la contratación realizada.

A la vista de los hechos declarados probados en la instancia y no revisables en casación, no se desprende que la actuación del banco se limitara a la de un mero ejecutor de una orden del cliente, de forma que, de acuerdo a la reiterada doctrina de esta Sala, reflejo del criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011): «la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53) y del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros»; aclarada por el art. 52 Directiva 2006/73/CE , «[s]e entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...); parece evidente que se prestó un servicio de asesoramiento y que el test que se tenía que haber realizado era el de idoneidad.

De esta forma resulta palmario que la entidad bancaria no solo no se aseguró de que Nexcopolimer, S.L. reunía las condiciones precisas para la suscripción del contrato de permuta financiera, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo, que, desde luego, dada la sofisticación del producto, no pudo entenderse cumplido con una explicación de quince minutos antes de firmar el contrato. Lo que no puede ser compensado (o llenado el vacío informativo) por el simple hecho de que el mismo



administrador de la entidad hubiera contratado otro y otros productos similares para otra sociedad que también administraba (Toful de Mar, S.L.), que presentan las mismas vicisitudes del que ahora se analiza.

En consecuencia, dado el completo déficit de información al cliente y la total ausencia de comprobaciones por parte de la entidad financiera sobre la adecuación del producto a su perfil, así como la omisión de una información suficiente sobre el coste de cancelación del producto -a lo que nos referiremos más extensamente al tratar la excusabilidad- existió un error en el consentimiento de Nexcopolimer, S.L. que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia.

9.- Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la Sentencia de 13 de febrero de 2007, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Como afirmamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son 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 requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

10.- Es más, cuando la excusabilidad del error versa sobre el coste de la cancelación del contrato, como sucede en este caso, dados los términos en que se desarrolló el debate en la instancia, hemos de remitirnos a nuestra Sentencia de Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, en la que indicábamos:

«Cuando un contrato de las características del Swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

»Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

En el caso litigioso, de los hechos que se declaran probados, no se deduce un correcto cumplimiento del deber de información sobre la cancelación anticipada del contrato. En la documentación entregada al cliente, más allá de configurar el plazo como esencial y de regular algunos supuestos de vencimiento anticipado así como los criterios de cálculo de las consecuencias económicas de tales supuestos, redactados de forma compleja, no existe mención específica sobre esta posibilidad de cancelación y, en cambio, tal posibilidad sí se reconoce cuando el administrador de la entidad actora, ante las liquidaciones negativas que arrojaba el



contrato, consultó al banco esta posibilidad y se le informó que su coste ascendía a 27.000 euros, cantidad relevante pese al criterio mantenido por la sentencia recurrida.

11.- Como hemos dicho en la sentencia 549/2015, de 22 de octubre, la entidad financiera «[d]ebe 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.... Para el banco, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Debe también informarle 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 magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia 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». No habiéndose hecho así por Banco de Sabadell S.A., Nexcopolimer, S.L. no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el swap.

12.- Razones por las cuales deben prosperar los motivos primero, segundo y cuarto del recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Sabadell, S.A. contra la sentencia de primera instancia, confirmarla íntegramente. Lo que hace innecesario el análisis del tercer motivo casacional formulado.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Del mismo modo, la estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Banco Sabadell, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley.

3.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y la devolución del constituido para el recurso de casación (apartado 8 de la misma disposición).

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

FALLAMOS

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Nexcopolimer, S.L., contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 309/2010.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Nexcopolimer, S.L., contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 309/2010.

3.º Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Sabadell, S.A. contra la sentencia núm. 195/2011, de 9 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tarragona, en el procedimiento de juicio ordinario núm. 309/2010, que confirmamos íntegramente.

4.º- Imponer a Nexcopolimer, S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.º. - Imponer a Banco de Sabadell, S.A. las costas del recurso de apelación.

6.º- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

7.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del realizado para el recurso extraordinario de infracción procesal.

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 Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo,



Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada.
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** ,
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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma,
certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ