

Roj: STS 4453/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4453
Id Cendoj: 28079110012015100583
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 704/2012
Nº de Resolución: 595/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por CAÑASECA, S.L., representada ante esta Sala por el procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar, contra la sentencia dictada el 26 de enero de 2012 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación núm. 696/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1713/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza, sobre contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida el BANCO DE SANTANDER, S.A., representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El procurador D. Carlos Berdejo Gracián en nombre y representación de la mercantil CAÑASECA, S.L, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia << por la que, estimando íntegramente la demanda:

1º.- Se declare la nulidad del contrato del que trae causa este proceso suscrito entre las partes en relación con la permuta financiera de constante referencia, y de cualquier otro contrato anterior que pueda existir en relación con la misma.

2º.- Y consecuentemente con dicha declaración, se condene a la entidad demandada a reintegrar a mi mandante las cantidades satisfechas a consecuencia del contrato de constante referencia, y concretamente la suma de 14.183,85 €, más sus intereses legales, así como cualquier otra cantidad que haya podido ser cargada en su cuenta, derivada del producto cuya nulidad se interesa, durante la tramitación del presente procedimiento.

3º.- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.
>>

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 18 de octubre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia y fue registrada con el núm. 1713/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D^a María Luisa Huetto Sainz, en representación del BANCO DE SANTANDER, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba <<Que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante>>.

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 14 de septiembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO Que estimando íntegramente la demanda:

1º) DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito por los litigantes.

2º) DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad bancaria demandada a reintegrar a la actora las cantidades satisfechas a consecuencia del contrato de constante referencia y, en particular la suma de 14.183,85 euros más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial, así como cualquier otra cantidad que haya podido ser cargada en su cuenta derivada del contrato de permuta cuya nulidad se declara

3º) Se imponen las costas procesales a la demandada».

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO SANTANDER, S.A. La resolución de este recurso correspondió a la sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que lo tramitó con el número de rollo 696/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de enero de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Hueto Saénz, en nombre y representación de BANCO DE SANTANDER SA, contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2011, dictada por la Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario 1713/2010, Sección B, revocamos la resolución recurrida, declarando lo siguiente:

1º) Se desestima la demanda formulada por el Procurador Sr. Berdejo Gracián, en nombre y representación de la mercantil Cañaseca SL contra Banco de Santander Central Hispano.

2º) Se anula el pronunciamiento relativo a la imposición de las costas de primera instancia, que dejamos sin efecto, haciendo imposición de las mismas a la parte actora.

3º) No procede la condena respecto de las costas de este recurso de apelación».

SEXTO.- El procurador D. Carlos Berdejo Gracián, en representación de CAÑASECA. SL., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

<<PRIMERO: Al amparo del ordinal 4º del Artº 469.1 de la LEC , por vulneración, en la valoración de la prueba del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artº 24 de la CE , al resultar dicha valoración manifiestamente arbitraria o ilógica

SEGUNDO: Al amparo del ordinal 4º del art 469.1 de la LEC por vulneración , en el proceso civil de derechos fundamentales del art. 24 de la Constitución , al alcanzarse una presunción manifiestamente ilógica y arbitraria>>.

Los motivos del recurso de casación fueron:

<<PRIMERO: Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC por existencia de interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, con infracción de los arts. 1265, 1266,1300 y 1303 del Código, por aplicación de los mismos.

SEGUNDO: Al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC , por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los contratos, al resultar la efectuada en la Sentencia recurrida ilógica, arbitraria y contraria a derecho, con infracción del art. 1280, párrafo 1º, del Código Civil , por aplicación indebida.>>

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 28 de mayo de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA: 1º) ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "CAÑASECA, S.L" contra la Sentencia dictada, con fecha 26 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta), en el rollo de apelación nº 696/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1713/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza».

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

NOVENO.- Por providencia de 9 de septiembre 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 15 de octubre de 2012, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- El 19 de febrero de 2008, la compañía mercantil "Cañaseca, S.L.", pequeña empresa que opera en el sector de la energía fotovoltaica, celebró un contrato de permuta financiera de tipos de interés con el "Banco de Santander, S.A.", con quien en la misma fecha había concertado un contrato de préstamo de 640.000 #, a interés variable (avalado solidariamente por los socios), para inversión en una central fotovoltaica. El contrato de permuta financiera tendría efecto el 26 de febrero de 2009 y vencimiento el 26 de febrero de 2018, con un nominal inicial de 614.115,26 # el primer año y 47.532,54 # la última anualidad, a un tipo fijo para el cliente del 4,34%. Cuando el 26 de febrero de 2010 el cliente recibió una liquidación negativa de 14.183,18 # -única practicada y cargada-, acudió al banco para solicitar la cancelación del producto, momento en el que se le anunció que ello conllevaba un elevado coste y se le anunció una nueva liquidación negativa para el 28 de febrero de 2011, por importe de 17.640,64 #. Posteriormente, se indicó al cliente por correo electrónico que el coste de cancelación ascendía a 63.153 #. En mayo de 2011, "Cañaseca, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba la declaración de nulidad del referido contrato por error-vicio del consentimiento y que se condenara a la entidad bancaria a la devolución de 14.183,85 #.

2.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Zaragoza, éste dictó sentencia en la que consideró que existía vicio del consentimiento, declarando probado que la entidad no clasificó al cliente conforme a la normativa legal, ni realizó test de conveniencia o idoneidad, ni se entregó folleto explicativo alguno, sin que conste que el administrador de la sociedad demandante tuviera información suficiente sobre la permuta financiera. Y sobre todo, que la falta de información fue relevante en relación al coste de cancelación, ya que no se indicó nada al respecto, lo que indujo al cliente a un error excusable. Como consecuencia de lo cual, estimó íntegramente la demanda.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, el mismo fue resuelto por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, y consideró que los términos y condiciones del contrato eran claramente interpretables por su simple lectura y que el administrador de la sociedad tenía experiencia en el producto, puesto que había suscrito otro para otra sociedad que también administraba. De donde dedujo que, aunque pudiera haber existido un incumplimiento de la normativa legal sobre el deber de información, no tuvo relevancia suficiente como para inducir a error al contratante en orden a la emisión de un consentimiento válido. Razones por las cuales estimó el recurso de apelación formulado por la entidad financiera y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-

1.- "Cañaseca, S.L." formuló un primer motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, basado en que las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida eran arbitrarias e ilógicas; y un segundo motivo, con fundamento en el mismo precepto legal, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales del art. 24 CE, por alcanzarse una presunción manifiestamente ilógica y arbitraria. Dada la evidente conexión entre ambos motivos, puesto que las presunciones son también un medio de prueba (Sección 9ª del Capítulo VI del Título I del Libro II LEC), se tratarán y resolverán conjuntamente.

2.- Como regla general, en nuestro sistema procesal civil, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, y 263/2012, de 25 de abril-. No obstante, la admisión del 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. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero, que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas). En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por

esta vía debe afectar a la encaminada a fijar los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que el cliente estaba en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas del producto financiero contratado y que prestó un consentimiento no viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

3.- A partir de tales consideraciones, no cabe apreciar que la sentencia de instancia haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con adecuada explicación argumental, que existió suficiente información precontractual y que el cliente conocía el producto ofertado, puesto que su administrador ya había contratado con anterioridad otro de semejantes características. En concreto, la Audiencia, partiendo de la base de que la operación -por su fecha- estaba sometida a la normativa resultante de la trasposición a nuestro derecho interno de la normativa MiFID (Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008), así como que, pese a ello, ni se clasificó al cliente como minorista o profesional, ni se le realizó test de conveniencia o idoneidad, ni se le entregó folleto explicativo, ni se le informó exhaustivamente del contrato, consideró que no existió error vicio. En su caso, podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico dicho nivel de información asegura una prestación del consentimiento por parte del cliente con los requisitos legalmente exigibles, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, *"No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial"*

4.- Por las razones expuestas, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto al resolver el recurso de casación, el extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Recurso de casación.

1.- El primer motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por infracción de los artículos 1.265, 1.266, 1.300 y 1.303 del Código Civil, en cuanto que la sentencia recurrida no aprecia error en el consentimiento por parte de la recurrente en la celebración del contrato litigioso. El segundo motivo se fundamenta en el mismo precepto procesal, por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los contratos, al resultar la efectuada ilógica, arbitraria y contraria a derecho, con infracción del artículo 1.281-1 del Código Civil. En cuanto al primer motivo, dado que en el recurso se citan como infringidas numerosas Sentencias de esta Sala que tratan el error vicio del consentimiento en relación con diversas figuras contractuales, hemos de advertir que sobre los contratos de permuta financiera o **swap** existe ya un reciente y abundante cuerpo de doctrina dictada por esta Sala, representado por las Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 110/2015, de 26 de febrero; 550/2015, de 13 de octubre; 535/2015, de 15 de octubre; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; y 549/2015, de 22 de octubre.

2.- Respecto del primero de los motivos, como ha quedado dicho, la sentencia recurrida considera que no hubo error vicio en el consentimiento, o que por lo menos el mismo resultó inexcusable. Sin embargo, a efectos de valoración jurídica, hemos de tener presente que la propia sentencia parte de la constatación de todo un elenco 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 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.

4.- En desarrollo de las normas contenidas en la LMV, el RD 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión dispone en su art. 73, que las *«entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado»*; y en su art. 74 que la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá unos datos mínimos relativos al producto financiero, a la experiencia previa del cliente en la contratación en el sector financiero, así como a sus conocimientos sobre el sector, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar, y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes. La normativa del mercado de valores debe integrarse, pues, como supuesto de hecho de la norma privada aplicable, y el incumplimiento de dicha normativa puede comportar la falta de buena fe de la entidad de crédito, la falta de una adecuada información a su cliente, y la creación en éste de un error sobre las características y naturaleza del contrato que motivó su contratación.

5.- En este caso, 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 ya en su fecha, amén de la normativa MiFID y su trasposición a la legislación nacional, 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. Los deberes de

información que competen a la entidad financiera, concretados actualmente en los artículos 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 217/2008 , sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, no quedan satisfechos 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. No se trata de que "Banco Santander" pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés.

6.- 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.

7.- 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".

8.- 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.

9.- En relación con este producto complejo, "Banco Santander, 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. Y no solo no se aseguró de que "Cañaseca, 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. Lo que no puede ser compensado (o llenado el vacío informativo) por el simple hecho de que el mismo administrador de "Cañaseca, S.L." hubiera contratado otro producto similar para otra sociedad que también administraba ("Cerradas Hondas, S.L."), puesto que respecto del mismo sucedió igual: el cliente denunció falta de información y error en el consentimiento y formuló la correspondiente demanda, dando lugar a otro procedimiento judicial tramitado en paralelo.

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 "Cañaseca, 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.

10.- 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.

11.- Es más, cuando la excusabilidad del error versa sobre el coste de la cancelación del contrato, como sucede fundamentalmente 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".

12.- En relación al coste de amortización, los términos del contrato no son suficientes por sí mismos para que el cliente pudiera tener una información clara de su magnitud, puesto que lo que se incluye es una mención tan genérica que no permite representarse realmente cuál va a ser el precio a abonar en caso de cancelación, ya que la cláusula en cuestión se limita a decir, en términos absolutamente generales e inconcretos: *"El producto aquí descrito puede ser cancelado anticipadamente. En este caso tendrá que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estará determinado por las condiciones del mismo en cada momento"*. No se trata de que se determine aritmética y exactamente en el contrato cuál va a ser dicho coste, pues dependerá de variables que en su fecha de suscripción no podrán tenerse presentes, pero sí de informar realmente de la existencia de dicho coste y de ofrecer una información gráfica e inteligible de las magnitudes posibles de su importe. Por lo que difícilmente puede erigirse una cláusula tan parca y poco expresiva en elemento decisivo para atribuir al error del cliente [minorista] el carácter de inexcusable. Al contrario, es comprensible que al cliente le sorprendiera el importe de esta penalización (63.153 #), que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato. Pues debe tenerse en cuenta que el cliente tiene que hacer frente a la devolución del préstamo que suscribió previamente y sus intereses, y se encuentra con que, en contra de lo esperado, no sólo tiene que asumir elevados costes por la evolución a la baja de los tipos de interés, sino que para intentar atajar tal descalabro económico ha de abonar una muy elevada suma en concepto de coste de cancelación. Quizás en otro tipo de contratos pudiera parecer que la cláusula referida a la cancelación anticipada del contrato no tiene un carácter esencial, pero en un contrato como el **swap**, en el que la propia dinámica del producto abre en cada liquidación periódica "una ventana de liquidación", adquiere una sustancialidad determinante en el conjunto del contrato.

13.- Como hemos dicho en la reciente 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 "Banco de Santander, S.A.", "Cañaseca, S.L." no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el **swap**.

14.- Razones por las cuales debe prosperar el primer motivo del recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de primera instancia, confirmarla íntegramente. Lo que hace innecesario el análisis del segundo motivo casacional formulado.

CUARTO.-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 Santander, 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.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil "Cañaseca, S.L." contra la sentencia de fecha 26 de enero de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 696/11 .

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "Cañaseca, S.L." contra la sentencia de 26 de enero de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 696/11 .

3.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 231/2011, de 14 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 1713/10, que confirmamos íntegramente.

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

5.- Imponer a "Banco Santander, S.A." las costas del recurso de apelación.

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

7.- 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 Secretario de la misma, certifico.