Roj:	STS 2659/2014
Id Cendoj:	28079110012014100312
Órgano:	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede:	Madrid
Sección:	1
Nº de Recurso:	892/2012
Nº de Resolución:	384/2014
Procedimiento:	Casación
Ponente:	FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución:	Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada Banco Mare Nostrum, S.A., como sucesora procesal de la inicial demandada Caixa d#Estalvis del Penedès (Caixa Penedès), representada ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona en el recurso de apelación nº 590/2011 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 1018/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona. Han sido parte recurrida las mercantiles Promociones Edimar 2006, S.L., Construcciones y Encofrados Ceycal, S.L. y Construcciones Cisa 05, S.L,. que han comparecido bajo la representación de la procuradora Dª María Luisa Noya Otero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de septiembre de 2009 se presentó demanda por las mercantiles Promociones Edimar 2006, S.L., Construcciones y Encofrados Ceycal, S.L. y Construcciones Cisa 05, S.L. contra la entidad Caixa d'Estalvis del Penedès sobre nulidad y subsidiariamente resolución de tres contratos de permuta financiera (*swap*) de tipo de interés, solicitando que:

«[...] se sirva dictar sentencia en la que se declare que los contratos aportados por esta parte de docs 4, 5, 6, 86, 87 y 88 o swaps financieros acompañados al escrito de demanda son nulos de pleno derecho, como consecuencia de lo alegado en el presente escrito de demanda con carácter principal y/o con carácter subsidiario resueltos, también con base en lo expuesto en el presente escrito de demanda y en su consecuencia dejarlos sin efecto y asimismo reintegrar las cantidades que se hubiere cobrado la entidad Caixa del Penedès con motivo de la liquidación de intereses como consecuencia de la aplicación de los swaps financieros a los que se refiere la presente demanda en su apartado quinto como consecuencia de la nulidad/ resolución instada con imposición de costas a la actora si se opusiera a la demanda» .

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona, dando lugar a las actuaciones nº 1018/2009 de juicio ordinario, y emplazada la entidad financiera demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación y subsidiariamente, para el caso de que se declarara la nulidad o resolución de los contratos, que se fijara el importe de la cancelación anticipada con referencia a los criterios solicitados en dicha contestación, con condena en costas de las mercantiles demandantes.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, en la que se recibió el pleito a prueba, y seguido este por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 9 de septiembre de 2010 con el siguiente fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por las mercantiles Promociones Edimar 2006, S.L., Construcciones y Encofrados Ceycal, S.L. y Construcciones Cisa 05, S.L. representadas por el procurador de los Tribunales D. Carlos J. Sobrino Cortés y defendidas por el letrado D. Luis Iglesias Pujol contra Caixa del Penedès representada por la procuradores Dª Rosa Boadas Villoria, debo declarar y declaro la nulidad de los contratos financieros tipo swap concertados entre las partes litigantes y firmados en fecha

8/4/2009, imponiendo a las partes contratantes el deber de restituirse mutuamente las prestaciones entregadas en cumplimiento de tales contratos.

Se imponen las costas a la demandada».

CUARTO.- Interpuesto por la entidad financiera demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 590/2011 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona , esta dictó sentencia el 2 de febrero de 2012 con el siguiente fallo en el que acordó:

«Desestimar el recurso de apelación formulado por Caixa del Penedès contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona, en los autos de juicio ordinario nº 1018/2009, con fecha 9 de septiembre de 2011, y confirmar el fallo en cuanto estima la demanda, aunque con distintos fundamentos, condenando a la apelante al pago de las costas procesales derivadas del recurso de apelación».

QUINTO.- Contra la sentencia de apelación se formuló recurso de casación por la entidad Mare Nostrum, S.A., que compareció en el proceso como sucesora procesal de la entidad inicialmente demandada Caixa d'Estalvis del Penedès. El tribunal de segunda instancia lo tuvo por interpuesto acordando la remisión de las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes litigantes.

En las peticiones del escrito de interposición del recurso de casación, la recurrente solicitó a esta Sala:

«Q *ue admita a trámite dicho recurso de casación y en su día dicte sentencia por la que*

A.- Estimando el recurso de casación, se desestime la demanda de la actora en cuanto a la declaración de nulidad contractual y condena en costas.

B.- En cuanto a las costas, deberán ser impuestas las de primera instancia a la actora y por mitad las de apelación y casación ».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta sentencia, el recurso fue admitido por auto de 14 de mayo de 2013, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición en el que solicitó a la Sala que:

«Se sirva tener por presentado este escrito, tenerme por opuesto y contestado el recurso formalizado por la representación de Caixa del Penedès y en sus méritos rechazarlo, con imposición de las costas a la recurrente».

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 5 de junio de 2013 se acordó que, no habiéndose solicitado vista por las partes litigantes, quedara el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

OCTAVO.- Por providencia de 12 de junio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 25, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre nulidad de unos contratos de permuta financiera (*swap*) de tipos de interés.

La demanda se interpuso el 22 de septiembre de 2009 por tres entidades mercantiles, ahora parte recurrida, frente a la entidad Caixa d' Estalvis del Penedès, cuya posición como demandada fue posteriormente asumida en virtud de sucesión procesal por la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., hoy parte recurrente en casación.

En esa demanda, después de exponer que las mercantiles demandantes, aunque son sociedades con personalidad independiente, pertenecen todas ellas a una misma familia, por lo que comparecían como demandantes acumulando sus respectivas acciones en una sola demanda dirigida contra un mismo sujeto demandado, se alegó, en lo esencial, que las demandantes mantenían actividades comerciales con la entidad de crédito demandada y habían constituido una hipoteca en garantía de un préstamo; que el 25 de abril de 2009 el director de una de sus sucursales se desplazó al despacho de la administradora de las tres sociedades para hablarle de las ventajas de un nuevo producto denominado *swap* financiero (o permuta financiera o clip financiero o hipotecario) que representaba la ventaja de ser una cobertura de tipos de interés y que tenía como finalidad asegurar que en las operaciones de préstamos hipotecarios las pérdidas derivadas de la subida

del tipo de interés variable se compensaban con las ganancias del *swap* , pero de lo que no se informó a la administradora fue de que si el tipo se situaba en un nivel inferior del tipo fijo serían los clientes quienes pagarían a la entidad bancaria; que la administradora se negó a aceptar el producto por considerarlo complejo e innecesario, pero a partir de septiembre de 2009 se efectuaron en las cuentas de las demandantes cargos de liquidaciones sobre las que se les informó por el banco demandado que correspondían a los productos de cobertura de tipos de interés, remitiéndoseles unas copias de los contratos de fecha 8 de mayo de 2009 (docs. 4, 5 y 6 de la demanda) presuntamente celebrados pero que no estaban firmados, por lo que, solicitados los contratos por las demandantes, se les entregaron copias de tres contratos fechados el 8 de abril de 2009 (docs. 87, 88 y 89 de la demanda) que, aunque sí aparecían firmados en la última página de cada uno de ellos, no tenían rúbrica en las demás páginas; que las demandantes no tienen los originales de los contratos y en el supuesto de que se hubieran firmado existe la presunción de que se ha aprovechado la realización de otras operaciones con el banco para incorporar esas últimas páginas firmadas a un contenido no rubricado. Tras exponer las infracciones normativas que se consideraban producidas, se adujo que debía darse lugar a la nulidad de los contratos desde dos perspectivas: el carácter abusivo de la cláusula de cancelación anticipada y la existencia de error en el consentimiento, y que subsidiariamente procedía su resolución por el incumplimiento contractual de la entidad de crédito demandada al haber infringido los deberes de información a clientes minoristas que imponía la normativa aplicable a las sociedades de inversión.

En la fundamentación jurídica de dicha demanda se citaron las siguientes disposiciones: la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre las Condiciones Generales de la Contratación, la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV), el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Directiva MiFID 2004/39/CE de 21 de abril (en lo sucesivo Directiva MiFID), el Reglamento 2006/1287 de 10 de agosto que desarrolla la anterior Directiva, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV y su adaptación a la Directiva MiFID (en lo sucesivo Ley 47/2007), el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, que establece el régimen jurídico de las empresas de inversión (en lo sucesivo RD 217/2008), y las normas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC así como el principio de buena fe contractual regulado en el artículo 1255 CC y preceptos complementarios.

En la contestación a la demanda la entidad financiera demandada alegó, en síntesis, que las mercantiles demandantes firmaron los contratos el 8 de abril de 2009; que el banco tenía la obligación de informar a las demandantes en virtud del RD 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica (en lo sucesivo RD 2/2003), acerca de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés ya que eran deudores de préstamos a interés variable, y tras relatar el proceso de negociación de los contratos se adujo como fundamentación jurídica de dicha contestación el carácter vinculante de las obligaciones contractuales, la concurrencia de todos los elementos esenciales del contrato, la existencia de válido consentimiento, la falta de diligencia de los actores, cuyo error solo podía venir de no haberse leído el contrato, la adecuada diligencia de la entidad demandada, que fue la exigible al tiempo de la contratación, la ausencia de dolo o error, la inaplicación al litigio de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios y la aplicación de la doctrina de los actos propios, argumentándose sobre la imposibilidad de desistimiento unilateral del contrato si no era fijando el precio de cancelación anticipada, y se concluyó con unas consideraciones sobre los pronunciamientos del Banco de España relativos a operaciones de naturaleza y estructura similar a los contratos objeto del litigio.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Tras examinar los elementos de prueba que permitían afirmar que los contratos fueron firmados por la administradora de las mercantiles demandantes y analizar la naturaleza y características de las relaciones contractuales debatidas, se declaró que no hubo falta de información ya que el contenido del contrato, aunque complejo, considerado como un todo era claro y comprensible y las circunstancias de las demandantes no permitían intuir una especial dificultad para entender su objeto y finalidad. Continuaba describiendo las reuniones precontractuales entre las demandantes y la entidad de crédito demandada y añadía que en el caso de que la información recibida por las demandantes les hubiera parecido escasa esto no sería imputable a la demandada ya que las demandantes pudieron pedir cuanta información y explicaciones consideraran convenientes pero optaron por firmar el contrato ya por una falta de diligencia fundada en la confianza en la entidad de crédito, ya porque comprendieron el contrato. Finalmente se pasó a examinar el carácter abusivo de la cláusula de cancelación anticipada en relación con la petición de nulidad del contrato por cláusula abusiva o error en el consentimiento y acogió esta pretensión declarando la nulidad del contrato por entender que el vicio del consentimiento que afectó a esa cláusula recayó sobre un elemento esencial del mismo, con fundamento en que la lectura de la cláusula de cancelación anticipada no ofrecía una información siquiera mínima sobre las consecuencias de la cancelación.

La entidad financiera demandada interpuso recurso de apelación planteando la indebida valoración de la prueba y efectuando cuantas consideraciones estimó procedentes sobre la información relativa al valor de la cancelación anticipada y su conocimiento por las mercantiles demandantes.

La sentencia de segunda instancia que ahora se recurre en casación desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera demandada y confirmó la estimación de la demanda aunque por razones jurídicas diferentes de las contenidas en la sentencia de primera instancia apelada.

En esa sentencia de apelación, tras exponerse que el régimen jurídico aplicable es el contenido en la LMV tras la modificación operada por la Ley 47/2007 que incorporó al ordenamiento interno español la Directiva MiFID y las Directivas 2006/73/CE y 2006/49/CE, se declara que las demandantes eran clientes minoristas ya que la demandada no había aportado prueba alguna que permitiera concluir lo contrario, así como que el servicio que se les prestó fue de asesoramiento puesto que no consta que fueran las demandantes las que solicitaron el producto a la demandada, por lo que esta estaba obligada a realizar el test de idoneidad, y que, aunque la entidad financiera demandada había sostenido que sí hizo el test de conveniencia e idoneidad, no lo había identificado entre los documentos aportados, pareciendo referirse al documento del folio 413, que es una cláusula adicional que se refiere al test de conveniencia, de redacción estandarizada que en absoluto acredita que el banco cumpliera su obligación, no constando que se procesara información alguna para evaluar si el producto ofrecido era el más conveniente para las demandantes. Continúa la sentencia declarando que este solo hecho resulta suficiente para entender viciado el consentimiento prestado por las demandantes, ya que el cumplimiento por la entidad financiera de las obligaciones que la ley le impone opera como un presupuesto de validez del consentimiento prestado, y se añade que no se pueden tener en cuenta las alegaciones de la entidad financiera sobre la existencia de información por impedirlo el defectuoso cumplimiento de las obligaciones que la ley le imponía. Finalmente se concluye que el error invalidante no recayó solo sobre la cláusula de cancelación anticipada sino también sobre la naturaleza misma del contrato y sus consecuencias, y que fue propiciado por la entidad financiera al no cumplir las obligaciones que de forma imperativa le imponía la ley y que constituyen un presupuesto de validez del consentimiento.

Esta sentencia de segunda instancia ha sido impugnada por la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., por sucesión procesal de la entidad inicialmente demandada Caixa Penedès, mediante la interposición del recurso de casación que ha sido admitido por esta Sala.

El recurso de casación se formula por interés casacional en su modalidad de infracción de norma de vigencia inferior a cinco años sin que exista jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o semejante contenido, citándose el artículo 79 bis 6 y 7 LMV en la redacción dada por la Ley 47/2007 y los artículos 72 , 73 y 74 RD 217/2008 y, según se expone con carácter previo a la alegación de los motivos de casación, se solicita a esta Sala que fije doctrina en relación con la distinción entre el test de idoneidad y el test de conveniencia, los requisitos de índole formal y material de cada uno de ellos y la eficacia de su realización en el caso de resultado favorable o no para la entidad financiera que realiza esa evaluación contractual, puntualizándose después por la recurrente que la petición de fijación de doctrina se concreta en los siguientes puntos: (i) delimitación material del servicio de inversión consistente en el asesoramiento financiero por las entidades financieras a sus clientes, frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros; (ii) delimitación de los supuestos de realización del test de conveniencia y del test de idoneidad; (iii) la ausencia de exigencia legal de formalidades para la realización y constancia del test de conveniencia.

El recurso se compone materialmente de un solo motivo de casación, pues el denominado motivo segundo no es un verdadero motivo de casación sino una nueva exposición de la doctrina que se solicita de este Tribunal.

En el motivo -cuyo encabezamiento es " *Infracción legal del artículo 79 bis 6 y 7 Ley del Mercado de Valores y de los artículos 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero y del artículo 428 Ley de Enjuiciamiento Civil* "- se plantea, en lo esencial, que en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida se efectúan ciertas consideraciones que son contradictorias, ya que si se entiende prestado un servicio de inversión a los demandantes consistente en un asesoramiento financiero mediante la recomendación de la contratación, lo procedente sería la realización del test de idoneidad, y sin embargo el incumplimiento que se atribuye a la recurrente es la no realización del test de conveniencia, lo que no resulta coherente con la declaración de la sentencia de que hubo una relación de asesoramiento financiero y de que de esa circunstancia es de la que se deriva, mediante una relación causa efecto, una falta de información a los clientes determinante de la excusabilidad del error en que se basó la pretensión de nulidad de los contratos, aunque la existencia de prestación de un servicio de asesoramiento y la realización o no del test de conveniencia no se configuraron como hechos controvertidos en la audiencia previa, según debería haber tenido lugar al amparo del artículo 428

LEC , por lo que se habría infringido este precepto. Se concluye la argumentación de este motivo reiterándose que en la sentencia se estima probada una relación de asesoramiento financiero, por lo que debería haber declarado el incumplimiento del test de idoneidad pero no el del test de conveniencia.

Finalmente la entidad demandada recurrente expone en el escrito de interposición del recurso -como ya se ha dejado indicado, bajo la denominación de motivo segundo- la doctrina que se pretende sea fijada por esta Sala, coincidente en parte con la misma petición formulada con carácter previo en el citado escrito y que ya ha quedado reseñada, relativa, en síntesis, a los siguientes puntos: 1) Cualquier relación comercial, como ocurre en la contratación de un instrumento financiero, conlleva un proceso de comunicación y suministro de información de las características, funcionamiento y riesgos del instrumento de que se trate; 2) en el proceso preliminar de la contratación cabe que la entidad financiera emita opinión sobre la adecuación o conveniencia del producto, pero no por ello ha de entenderse que hay asesoramiento financiero, que debería limitarse a los supuestos de recomendación de inversión al cliente; 3) el criterio de la sentencia recurrida llevaría a la conclusión de que no cabe información alguna que escape a la calificación de recomendación de inversión, lo que no es conforme con la obligatoria información previa que impone el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica (en lo sucesivo Ley 36/2003), por lo que no cabe que el cumplimiento de esa obligación legal de información de coberturas del riesgo de interés constituya recomendación de inversión; 4) las formalidades de esos tests no deben condicionar la finalidad perseguida, que es que la entidad bancaria pueda formarse una opinión sobre la conveniencia o adecuación del instrumento financiero atendidas las circunstancias del cliente y pueda informar del resultado de esa valoración a los clientes; y 5) esas finalidades no pueden venir condicionadas en el caso del test de conveniencia a formalidad alguna, y tampoco en el de idoneidad porque la valoración de la entidad bancaria puede concurrir al margen de cualquier formalidad concreta y, por tanto, la ausencia de las evaluaciones escritas no puede ser sancionada de manera automática con la nulidad del contrato.

Las mercantiles demandantes, ahora parte recurrida, se han opuesto al recurso alegando, en sustancia, que las cuestiones que se plantean sobre la existencia de asesoramiento financiero y realización del test de conveniencia no se suscitaron ante el Juzgado de lo Mercantil ni ante la Audiencia Provincial y no constituyen *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, sino *obiter dicta* , y además no corresponde al recurso de casación el examen de la alegación sobre infracción del artículo 428 LEC ; se añade que en el recurso se hace una argumentación teórica que nada tiene que ver con la realidad según se pone de manifiesto con las alegaciones que se efectúan a continuación en ese escrito de oposición relativas a la existencia de recomendación personalizada, la inexistencia de los tests de conveniencia e idoneidad y la defectuosa información sobre los riesgos del producto; y se concluye con la cita de varias sentencias de distintas Audiencias Provinciales que pondrían de manifiesto el abuso de las entidades bancarias en la comercialización de estos productos.

SEGUNDO.- Para la adecuada comprensión de la presente sentencia conviene dejar constancia de los siguientes hechos que se deducen de la sentencia recurrida:

1. Las demandantes concertaron el 8 de abril de 2009 sendos contratos de permuta financiera (*swap*) de interés, cuya finalidad era la cobertura frente a las fluctuaciones del tipo de interés.

2. Los contratos se ofrecieron a las mercantiles demandantes por la entidad bancaria demandada, ya que no consta que fueran aquellas las que manifestaran a la demandada su interés en contratar el producto.

3. Las mercantiles demandantes tienen la consideración de clientes minoristas (hecho que aunque entraña una valoración jurídica no es discutida en el recurso de casación).

4. El banco demandado no hizo el test de idoneidad.

5. Aunque en la sentencia recurrida no se aluda expresamente a la información precontractual sobre el contrato y sus riesgos, está implícito en ella -y así lo ha entendido también la recurrente en el planteamiento del motivo de casación- que no hubo información precontractual suficiente.

TERCERO.- Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012 (en lo sucesivo STS nº 840/2013), dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de *swap* por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente; en ella se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el *swap* y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato.

La doctrina fijada en esa sentencia en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya trasposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 - es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevaron a cabo las contrataciones objeto de enjuiciamiento (8 de abril de 2009) y determina su desestimación por las razones que se exponen a continuación.

CUARTO.- En el único motivo del recurso (el denominado en el escrito de interposición como motivo primero) -con cita de los artículos 79 bis 6 y 7 LMV y 72 y 74 RD 217/2008 - se plantea por la entidad demandada recurrente que la sentencia impugnada incurre en una contradicción, ya que si en ella se declara probada la existencia de un servicio de asesoramiento financiero lo que procedía era haber declarado el incumplimiento de la obligación de obtención de información del cliente mediante el test de idoneidad, pero no de la obligación de obtención del test de conveniencia, pues la situación de hecho que vincularía a las partes no es la que da lugar a su realización, a lo que se añade que ni la existencia de prestación de un servicio de asesoramiento ni la realización del test de idoneidad fueron hechos controvertidos en la audiencia previa, por lo que se infringe el artículo 428 LEC . También aduce la recurrente que en la sentencia impugnada, mediante una relación causa efecto, se considera la falta de información a los clientes como determinante de la excusabilidad del error en que se basó la pretensión de nulidad de los contratos.

Así planteado el motivo, lo primero que debe precisarse es que la infracción del artículo 428 LEC no puede fundamentar un recurso de casación, cuyo ámbito está limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (SSTS de 9 de enero de 2013, recurso nº 2063/2009 , y las que en ella se citan de 18 de marzo de 2010, recurso nº 1816/2008 , y 11 de noviembre de 2010, recurso nº 2048/2006), por lo que la denuncia de vulneración de ese precepto debió ser planteada mediante recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia, esta Sala no va analizar la alegación de infracción del artículo 428 LEC , pero sí conviene precisar que en la audiencia previa del juicio ordinario -según se consiga en el antecedente de hecho cuarto de la sentencia de primera instancia- se fijó como elemento de controversia si las mercantiles demandantes fueron o no adecuadamente informadas del contenido de los contratos con carácter previo a su suscripción y si dicha falta de información debía determinar la nulidad de los contratos, por lo que en ese punto de controversia estaba implícita la necesidad de analizar la normativa que regulaba el deber de información de la entidad financiera demandada, lo que conlleva -como se explica en la sentencia recurrida- precisar si hubo o no un servicio de asesoramiento de inversión y si se efectuaron o no las evaluaciones que esa normativa, según los casos, obligaba a realizar a la entidad recurrente, normativa que, además de haber sido alegada en la demanda, podía ser aplicada por el tribunal en virtud del principio *iura novit curia* .

Hecha la anterior precisión se procede a examinar las dos cuestiones planteadas en el motivo, relativas a la delimitación de los test de evaluación y a la incidencia de la falta de información en la apreciación de error vicio del consentimiento.

QUINTO.- Según se declaró en la STS nº 840/2013 , la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC , y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos

riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del *test de conveniencia* -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y *el test de idoneidad* , cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap* realizada por la entidad financiera al cliente inversor " *que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público* ".

Además, en la STS nº 840/2013 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008 -, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 del RD 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

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 LMNV)- 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* , como 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.

SEXTO.- La aplicación de estos criterios al presente recurso, atendidos los hechos declarados por la sentencia recurrida que han quedado relacionados en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia y que deben permanecer invariables en casación (SSTS 27 de junio de 2011, recurso nº 145/2008 y 31 de enero de 2012, recurso nº 165/2009), determina las siguientes conclusiones:

En el caso ahora sometido a enjuiciamiento hubo un servicio de asesoramiento financiero ya que el banco recurrente efectuó un ofrecimiento personalizado del *swap* a los demandantes, por lo que estaba obligado a efectuar el test de idoneidad tal como se declara en la sentencia recurrida.

Lo cierto es que las alegaciones del motivo sobre la confusión de la sentencia acerca del test cuya realización era exigible carecen de fundamento y no resultan idóneas para la casación de la sentencia recurrida, pues se desarrollan en un plano puramente teórico partiendo de una premisa que, siendo correcta -el test de idoneidad es el procedente cuando hay un servicio de asesoramiento de inversión-, perjudica en realidad el interés de la propia recurrente que no hizo el test de idoneidad, ya que lo único que podría justificar la dialéctica del motivo es que la entidad financiera recurrente hubiera hecho ese test de idoneidad y así lo declarara la sentencia recurrida.

El criterio de la sentencia recurrida al apreciar error excusable determinante de la nulidad del contrato se ajusta en lo esencial a la citada doctrina de esta Sala que, como ya se ha dicho, partiendo de que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo y directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, permite presumir el error cuando como es el caso la entidad bancaria no realizó, siendo preceptivo, el test de idoneidad.

Conviene precisar también que, entre las cuestiones que con carácter previo se plantean en el escrito de interposición del recurso, se solicita a la Sala que fije doctrina sobre la ausencia de exigencia legal de especificas formalidades para la realización del test de conveniencia, pero esta Sala no tiene que pronunciarse en este proceso sobre esa cuestión puesto que las supuestas irregularidades formales del test de conveniencia no forman parte de la razón causal del fallo impugnado ni de la desestimación de este recurso; como tampoco supuestas irregularidades formales del test de idoneidad, pues lo decisivo es el hecho de no haberse realizado el test de idoneidad.

Finalmente debe aclararse que la circunstancia de que el *swap* fuera ofrecido a los clientes -según se alega por la entidad bancaria- para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 36/2003 (o en el artículo 19 de la RD 2/2003 que se mencionó en la contestación a la demanda, con el mismo contenido que el anterior), con el fin de informar a las mercantiles demandantes, como deudoras hipotecarias que eran con un préstamo a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero en los términos en que se define por la STJUE que antes ha quedado citada, pues el hecho declarado en la sentencia recurrida es que la entidad bancaria ofreció el *swap* . No se declara en esa sentencia el hecho del que quiere partir la recurrente de que la entidad bancaria ofreciera información sobre posibles instrumentos, productos o sistemas coberturas de riesgo que tuviera disponibles, por lo que esta Sala no tiene que pronunciarse sobre la significación jurídica de un hecho no declarado en la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Conforme al artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la LEC , procede imponer las costas a la parte recurrente, que además, conforme a lo previsto en el apartado 9 de la disposición adicional 15ª LOPJ , perderá el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1.DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Banco Mare Nostrum, S.A. contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona en el recurso de apelación nº 590/2011 .

2. E imponer las costas a la parte recurrente, que además perderá el depósito constituido.

Esta sentencia es firme.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y 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.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ