



Roj: STS 2666/2014
Id Cendoj: 28079110012014100316
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1256/2012
Nº de Resolución: 387/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho 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 nº 1256/2012, interpuesto por la entidad demandada Banco Mare Nostrum, S.A., como sucesora procesal de la inicial demandada Caixa d#Estalvis del Penedés (Caixa Penedés), representada ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada el 9 de marzo 2012 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, en el recurso de apelación nº 537/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 826/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Villarreal. Ha sido parte recurrida D. xxx y Dª xxx, que han comparecido bajo la representación del procurador D. Jorge Pérez Vivas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16 de septiembre de 2010 se presentó demanda por D. xxx y Dª xxx contra la entidad Caixa Penedés sobre nulidad de un contrato celebrado el 31 de julio de 2008 denominado "collar bonificado de tipos de interés", solicitando que se dictara sentencia por la que:

«Estimando íntegramente la demanda se declare nulo el contrato collar bonificado de tipos de interés suscrito el pasado 31 de julio de 2008 por D. xxx y Dª xxx con la entidad demandada Caixa Penedés, es decir, condenando a Caixa Penedés a anular las liquidaciones giradas o que se girasen y a restituir a D. xxx y Dª xxx las ya abonadas por importe de veinte mil seiscientos catorce euros con sesenta y siete céntimos, y las que pudieran abonarse en lo sucesivo hasta la declaración judicial de nulidad, al pago de los intereses legales devengados desde la reclamación extrajudicial (o subsidiariamente la judicial) por la cantidad líquida a restituir, y con expresa imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Villarreal, dando lugar a las actuaciones nº 826/2010 de juicio ordinario, y emplazada la entidad financiera demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con condena en costas de los 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 20 de mayo de 2011 con el siguiente fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda presentada por la representación de D. xxx y Dª xxx contra la Caixa d#Estalvis del Penedés debo declarar y declaro nulo el contrato collar bonificado de tipo de Interés de fecha 31 de julio de 2008, debiendo declarar anuladas todas las liquidaciones giradas por la entidad Caixa d#Estalvis del Penedés a cargo de los actores D. xxx y Dª xxx, y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad Caixa d#Estalvis del Penedés a devolver a los actores D. xxx y Dª xxx las liquidaciones giradas a su nombre por importe de 20.614,67 euros más las que pudieran abonarse por los actores hasta la declaración judicial de nulidad a los que habrá que sumar los intereses legales de aquellas cantidades objeto de condena desde la fecha de interpelación judicial hasta su completo pago, y, todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada entidad Caixa d#Estalvis del Penedés».

CUARTO.- Interpuesto por la entidad financiera demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 537/2011 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón, esta dictó sentencia el 9 de marzo de 2012 con el siguiente fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Caixa Penedés contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Villarreal en fecha veinte de mayo de dos mil once, en autos de juicio ordinario seguidos con el número 826 de 2010, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida e imponemos a la parte recurrente las costas causadas por su 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 Penedés, que la Audiencia Provincial tuvo por interpuesto acordando la remisión de las actuaciones a esta Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes litigantes.

En el suplico del escrito de interposición del recurso de casación, la recurrente solicitó a esta Sala « que 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 28 de mayo de 2013, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición en el que solicitó a la Sala:

«Que teniendo por presentado este escrito lo admita, tenga a esta parte por opuesta al recurso de casación interpuesto de contrario y dicte sentencia desestimatoria del mismo con expresa imposición de las costas al recurrente».

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 10 de julio 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 día 25 de junio de 2014 siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) de tipos de interés, a partir de la demanda que D. xxx y Dª xxx, ahora recurridos, formularon el 16 de septiembre de 2010 frente a la entidad Caixa Penedés cuya posición como demandada fue posteriormente asumida por sucesión procesal por la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., hoy parte recurrente en casación.

Se dijo en la demanda que los demandantes firmaron el 31 de julio de 2008 una escritura de compraventa por la que adquirían un inmueble y se subrogaban en el préstamo hipotecario del que era titular la entidad bancaria demandada, en un momento en que los intereses evolucionaban al alza por lo que el director de la oficina sita en Burriana convenció a los demandantes de la conveniencia de suscribir un producto que se firmó el 31 de julio de 2008 con la denominación de " *collar bonificado de tipos de interés* "; que según les indicó ese producto les protegería de los incrementos de los tipos de interés aplicables a la hipoteca para evitar las dificultades derivadas de sucesivas subidas, pero no se les facilitó información adicional alguna en especial sobre los graves riesgos que asumían, ni sobre la forma de cancelación, ni los motivos por los que se elegía un tipo de referencia y no otro, ni sobre el importe o modo de determinar el coste. Se dijo, asimismo, que ese contrato era nulo de pleno derecho al haber incurrido los demandantes en error obstativo provocado por la entidad demandada que no cumplió con su obligación de informar previamente a los clientes y les indujo a suscribir un producto de extraordinaria complejidad y riesgo y con un contenido de profundo desequilibrio contractual.

En la fundamentación jurídica se citaron las disposiciones del Código Civil que consideraron aplicables; se invocó la normativa en materia de defensa de consumidores y usuarios y, en particular -según se expuso, por tratarse de un contrato financiero- se mencionaron los artículos 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV); el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Entidades de Crédito ; los artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , relativo a las Empresas de Servicios de Inversión (en lo sucesivo RD 217/2008); el artículo 19 del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica (en lo sucesivo RD 2/2003); el artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE , de 21 de abril, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (en lo sucesivo Directiva MiFID); y los artículos 31 , 32 , 33 , 35 , 36 y 37 de la Directiva 2006/73/CE .

En la contestación a la demanda se alegó, en breve síntesis, que los demandantes solo pretendían la nulidad del contrato desde que sus consecuencias les habían sido desfavorables aunque en él concurrieron todos los elementos exigidos para su válida existencia, no solo el consentimiento sino también el objeto y la causa, y se expuso que los demandantes actuaron como empresa y no como consumidores y que se mantuvieron varias reuniones y conversaciones previas a la contratación con realización de ejercicios y simulaciones sobre la fijación de plazo e importe y tipos de referencia. Se alegó, también, que el propio contrato contenía la descripción de su funcionamiento y de las obligaciones asumidas por las partes y que existía la obligación legal impuesta por el artículo 19 del RD 2/2003 de informar a los demandantes, como deudores hipotecarios con préstamo a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, lo que era incompatible con la existencia de dolo por parte del banco demandado. Tras argumentar ampliamente sobre la causa y el objeto del contrato, se alegó en relación con el error vicio del consentimiento que desde la previa contratación hasta que el contrato inició su vigencia trascurrieron unos días en los que los demandantes bien pudieron manifestar cualquier consideración sobre lo firmado y no lo hicieron lo que, teniendo en cuenta que la diligencia le es exigible a ambas partes contratantes, supone que el error alegado no es excusable.

Como fundamentación jurídica se adujo 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 sería creíble si no se hubieran leído el contrato, la adecuada diligencia de la entidad demandada que fue la exigible al tiempo de la contratación y la ausencia de dolo o error, y se concluyó argumentando sobre la inaplicación al caso de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Tras examinar la naturaleza y características de la relación contractual debatida y la obligación del banco demandado de informar sobre el producto derivada de la normativa aplicable, declaró que los demandantes carecían del conocimiento del producto; que fue una operación de comercialización y no de asesoramiento por lo que debió realizarse el test de conveniencia que era necesario, dada la complejidad del producto, para que los clientes comprendieran la operación; que en la medida en que no se hizo se incumplieron los deberes de transparencia y diligencia exigibles al banco demandado por lo que el consentimiento de los demandantes no fue informado. Hubo, en definitiva, error en el consentimiento que fue esencial, sustancial y excusable.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación en el que alegó indebida valoración de la prueba, aduciendo que la existencia de error es incompatible con el hecho de que los demandantes dispusieran al menos de diez días para valorar la operación; que la contratación tuvo lugar por solicitud del cliente y no es aplicable el régimen normativo derivado de los artículos 79 bis 8 y 79 bis 7 LMV; que no existía obligación de realizar el test de conveniencia, sino de determinar la conveniencia o no de un producto financiero; y que la obtención de la información necesaria no está supeditada a formalidad alguna e incluso aunque el producto no sea el adecuado para el cliente no se le impide la contratación.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la del juzgado, teniendo en cuenta los hechos siguientes:

1. D. xxx y D^a xxx y la Caixa Penedés (hoy Banco Mare Nostrum, S.A.) concertaron el 31 de julio de 2008 un contrato denominado " *collar bonificado de tipos de interés* ", consistente en una permuta financiera (swap) de interés, cuya pretendida finalidad era la cobertura frente a las fluctuaciones del tipo de interés; la fecha de inicio de los efectos del contrato se fijó el 15 de agosto de 2008, el importe del capital nominal de referencia (nacional) fue de 400.000 euros y se fijó un tipo *floor* de 4.40 % y un tipo *cap* de 4.95% y se establecía que si en la fecha de la observación correspondiente el tipo variable era superior al tipo *cap* fijado por las partes y a su vez inferior a la barrera aplicable, la demandada debía abonar a los actores una cantidad que se obtendría por la diferencia existente ente el tipo variable y el tipo *cap*, si por el contrario en dicha fecha

de observación el tipo variable fuese inferior al tipo *floor*, serían los clientes los que deberían abonar a la entidad financiera demandada una cantidad calculada con arreglo a la diferencia entre el tipo variable y el tipo *floor*, y si el tipo variable se mantenía entre el *floor* y el *cap* no habría liquidación. Además se pactó que si el tipo variable fuese igual o superior a la barrera aplicable de 5.60% la entidad financiera no debería abonar la cantidad calculada según la diferencia entre el tipo variable y el tipo *cap*, sino únicamente un diferencial fijado en un 0,10%, sin que se estableciera una barrera inferior equivalente, es decir un límite debajo del cual los clientes no deberían abonar la diferencia sino únicamente el diferencial del 0,10%.

2. El contrato se ofreció a los demandantes por la entidad demandada.

3. Los clientes demandantes no dispusieron de información precontractual, solo se les entregó un documento que no recogía ninguna información sobre el contrato, sino solo una mención al capital nominal, la denominación del contrato y una autorización al banco para solicitar la información que a bien tuviera sobre los clientes demandantes.

4. Los demandantes tienen la consideración de clientes minoristas (declaración que aunque entraña una valoración jurídica no es discutida en el recurso de casación), pues no consta que hubieran realizado operaciones similares con anterioridad, ni que tuvieran alguna preparación en materia económica o financiera ni experiencia en esos campos.

5. La información que recibieron fue genérica y limitada a que el contrato de swap les cubría económicamente frente a las oscilaciones del cambio del tipo referencia para el cálculo del interés del préstamo hipotecario contratado con la entidad demandada; no se les informó del funcionamiento del contrato, ni de la existencia de un tipo barrera que limitaba la obligación del banco no equilibrado con un tipo barrera inferior; hubo déficit de información.

6. El banco no hizo el test de conveniencia ni el test de idoneidad.

7. No hay prueba de que los demandantes rehusaran facilitar al banco demandado la información necesaria para evaluar la adecuación del producto a su perfil.

La sentencia examina la naturaleza del contrato, la doctrina jurisprudencial sobre el error vicio del consentimiento y la normativa sectorial bancaria y del mercado valores relativa a la obligación de las entidades financieras de informar a los clientes, y declara, en lo que aquí interesa, que la entidad financiera demandada ofertó la contratación infringiendo dicha normativa, ya que no dio a los demandantes la información a la que por ley estaba obligada; que no es cierto que los demandantes dispusieran de al menos diez días para examinar el negocio pues el documento que se les facilitó no recogía un compromiso similar al del contrato ni información relevante sobre la que los demandantes pudieran reflexionar, solo una mención al capital y una autorización para que el banco recabara informes de terceros; que los demandantes son minoristas sin ninguna experiencia en materia económica o financiera por lo que la información no debió limitarse a que " *el contrato les cubría económicamente frente a las oscilaciones que el cambio de tipo de referencia para el cálculo del interés del préstamo hipotecario contratado para el pago del precio del local pudiera generar en las cuotas de amortización* ", pues esto no es informar sino promover el producto; que no consta que se les facilitara información sobre otras posibilidades menos atractivas cuya existencia debían conocer los clientes para decidir si deseaban llevar a cabo la contratación, ni que se les informara sobre el alcance de lo contratado, ni sobre la existencia de un tipo barrera que limitaba la obligación del banco no equilibrado con una barrera inferior; que el banco no hizo el test de conveniencia ni el test idoneidad; que del clausulado del contrato no solo se deriva que se ha incumplido la normativa sectorial sino que se pretende desplazar sobre el cliente las consecuencias negativas que para la entidad financiera pudiera tener ese incumplimiento.

También analizó la cláusula adicional tercera del contrato, en la que se consignaba que no habiéndose facilitado por los clientes la información solicitada por el banco demandado este se veía imposibilitado de determinar si el servicio o instrumento era adecuado para ellos, que se les informaba de esa circunstancia y que manifestaban expresamente su voluntad de contratar bajo su exclusiva responsabilidad, sobre la que, como cláusula de adhesión, se declaró que carecía de virtualidad para liberar a la entidad demandada de la obligación de realizar la evaluación de los clientes al no existir el menor vestigio de que los demandantes rehusaran facilitar la información requerida por la entidad, y se declaró asimismo, como consecuencia de todo lo anterior, la irrelevancia del contenido de la cláusula adicional quinta del contrato (según la cual el cliente había recibido información exhaustiva y comprendía el contrato y sus riesgos que asumía con total conocimiento de causa), cuya invocación se considera en esa sentencia improcedente ante la acreditada omisión por el banco del deber de información; finalmente, se concluye que las circunstancias concurrentes llevan a declarar que hubo un grave déficit en la información por parte de la entidad financiera, que no podía

escudarse en la cláusula de adhesión adicional tercera del contrato, lo que provocó error en el consentimiento que es excusable y que debía dar lugar a la inexistencia del contrato.

La entidad Banco Mare Nostrum, S.A., formuló recurso de casación, en su modalidad de existencia de interés casacional, por 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, y se citan el artículo 79 bis LMV en la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV (en lo sucesivo 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, solicita a esta Sala que fije doctrina en relación con los siguientes extremos:

(i) la ausencia de sanción de nulidad de los contratos o instrumentos financieros regulados en el artículo 2 LMV para el caso de incumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis LMV; y

(ii) 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.

Para la recurrente la petición de fijación de doctrina se concreta en los siguientes puntos: (i) la legislación del mercado de valores no sanciona el incumplimiento de la información contractual con la nulidad del contrato por vicio del consentimiento; (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; y (iv) la eficacia liberatoria de la entidad financiera de la comunicación realizada al cliente en el caso de imposibilidad de realización de los tests o en el caso de que la conclusión sea desfavorable a la adecuación o conveniencia del producto al perfil del cliente.

El recurso se articula en dos motivos (el denominado motivo tercero no es un verdadero motivo de casación sino una nueva exposición de la doctrina que se solicita que se fije por esta Sala Primera) en los que se plantean las siguientes cuestiones:

En el primero -cuyo encabezamiento es " *Infracción legal de los artículos 1261, 1265 y 1266 CC. Ausencia de sanción de nulidad en caso de incumplimiento de obligaciones de información precontractual por las entidades financieras a sus clientes* " - se plantea, en lo esencial, que: a) no se comparte la existencia de relación causa- efecto que se declara en la sentencia recurrida entre falta de información a los clientes y la nulidad del contrato; b) la sentencia recurrida cuestiona la cláusula adicional tercera del contrato en la que la entidad financiera ahora recurrente informa a los clientes de dos circunstancias: de la no disponibilidad de información suficiente para emitir un juicio de idoneidad y de la adecuación de esa cláusula al artículo 19.5 de la Directiva MiFID y al artículo 79 bis *in fine* LMV tras la reforma operada por la Ley 47/2007; c) aunque se dé el incumplimiento de las obligaciones de información la norma no prevé la nulidad contractual y ni siquiera la norma sectorial ha previsto cuál deba ser el nivel de información que el banco deba suministrar al cliente, por lo que la sanción automática de nulidad no es procedente; d) el juez no puede situarse en el lugar del cliente y ha de ser este el que acredite la existencia del error y que no pudo haber hecho nada para evitarlo; e) el contenido contractual del que se dispuso y se firmó incorpora, al margen de cualquier otra información precontractual, un contenido informativo suficiente y claro, comprensible para quien lo lee; y f) el error invalidante debe ser además de sustancial excusable, ya que el ordenamiento no puede proteger a quien por su conducta negligente no ha evitado el error, como sucede en el presente caso que se habría evitado si el contrato se hubiera leído con anterioridad.

Se citan diversas sentencias de Audiencias Provinciales y de esta Sala y se concluye que la apreciación del error sustancial ha de hacerse con un criterio restrictivo y excepcional, según la doctrina de esta Sala, y que su prueba corresponde a quien lo alega según se establece en las sentencias que se citan.

En el motivo segundo -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* " - se plantea, en lo esencial, que en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida se efectúan ciertas consideraciones que son contradictorias, ya que si en esa sentencia se considera que se ha prestado un servicio de inversión a los demandantes consistente en un asesoramiento financiero mediante la recomendación de la contratación lo que procede es la realización del test de idoneidad, sin embargo el incumplimiento que se achaca al banco en esa sentencia es la no realización del test de conveniencia, lo que no es coherente con la declaración que se hace en ella de la existencia de una relación de asesoramiento financiero.

Finalmente, expone la doctrina que se pretende que se fije por esta Sala, coincidente en lo sustancial con lo ya dicho y que se contrae a los siguientes puntos: 1) la legislación sectorial no sanciona con la nulidad

la falta de información; 2) cuando no es posible realizar la evaluación previa o no exista obligación legal, la obligación de la entidad financiera es informar de esa imposibilidad incluso mediante un modelo o formato normalizado, lo que no obstaculiza la contratación; 3) la normativa aplicable distingue dos modalidades de evaluación: el test de idoneidad para los supuestos de contratos de gestión de cartera y asesoramiento en inversión y el test de conveniencia en los restantes supuestos de realización; 4) en el proceso no se ha acreditado la existencia de recomendación para la inversión por lo que no es exigible el test de idoneidad, sino el de conveniencia; 5) 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 6) esas finalidades no pueden venir condicionadas en el caso del test de conveniencia a formalidad alguna y tampoco en el de idoneidad, pues la valoración de la entidad bancaria puede concurrir al margen de cualquier formalidad concreta por lo que la ausencia de las evaluaciones escritas no puede ser sancionada de manera automática con la nulidad del contrato.

SEGUNDO.- 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, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente, en la que se examina 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, que es, en definitiva, la cuestión jurídica a la que se contrae el recurso por más que en su desarrollo se haga referencia otras cuestiones que, en cualquier caso, también están íntimamente relacionadas con aquella.

La doctrina fijada por esta Sala en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición 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 llevó a cabo la contratación que ahora es objeto de enjuiciamiento (el 31 de julio de 2008) y determina su desestimación.

Se dijo, y se mantiene, que 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 transposición 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 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 podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese 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 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 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* " .

La misma sentencia 840/2013 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 RD 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera con el 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 hay 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 conlleva 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 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, 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 este 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.

En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012).

TERCERO.- La aplicación de esa doctrina al presente recurso implica la desestimación del mismo, ya que en el caso que ahora se somete a enjuiciamiento, atendidos los hechos fijados en la sentencia recurrida, invariables en casación (SSTS 27 de junio de 2011, recurso nº 145/2008 y 31 de enero de 2012, recurso nº 165/2009), la entidad bancaria demandada ofertó el swap a los demandantes, clientes minoristas, como un producto adecuado para evitar el perjuicio derivado de una subida de los tipos de interés aplicables a su hipoteca, sin informarles antes de la contratación sobre el contenido del contrato ni sobre los riesgos asociados al swap, y no realizó el test de idoneidad, que era el procedente ya que al comercializarse el swap como recomendación personalizada el servicio prestado fue de asesoramiento financiero.

Debe añadirse que la circunstancia de que el banco recurrente -según alega- ofreciera el swap a los clientes con la finalidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 del RD 2/2003 , para informarles, como deudores hipotecarios 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 citada STJUE, pues en la sentencia recurrida se declara como hecho probado que se ofreció el swap a los demandantes (no que se les informara de diversos instrumentos de cobertura disponibles) como conveniente para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca.

En consecuencia, la sentencia recurrida al apreciar error vicio del consentimiento y acordar la nulidad del contrato no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio, pues está acreditado el déficit de información y la no realización del test de idoneidad que permiten presumir el error, no siendo aceptable la argumentación expuesta por la recurrente en los motivos.

En primer lugar, no pueden aceptarse las alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el deber de información precontractual que pesa sobre el banco recurrente, tesis que cede ante la presunción derivada, según la doctrina que ha quedado expuesta, del incumplimiento de la realización del test de idoneidad.

En segundo lugar, tampoco pueden aceptarse las alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues además de la incidencia directa que, como se ha visto, tiene en este requisito del error vicio la falta de información, la recurrente parte de un hecho no declarado por la sentencia recurrida, pues en ella no se fija como hecho probado que los clientes demandantes tuvieran a su disposición antes de la firma del contrato el contenido de este, sino un documento en el que solo constaba su denominación y el valor nominal, a lo que debe añadirse que, como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco y no de mera disponibilidad, que chocaría con el carácter imperativo y tuitivo de la normativa aplicable.-

En tercer lugar, en cuanto a la alegación relativa a la carga de la prueba del error y su atribución a quien lo alega solo cabe precisar -aunque es un tema propio del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y no del recurso de casación, si bien en este caso íntimamente unido a la aplicación de la norma sustantiva- que no puede tenerse en consideración por esta Sala ante la presunción derivada del incumplimiento del deber de realización del test de idoneidad y el hecho declarado en la sentencia recurrida según el cual el swap se les ofreció a los demandantes, sin información precontractual, como un producto para evitar el perjuicio de las subidas de interés que pudieran afectar a su hipoteca.

En cuarto lugar, aunque el recurrente no es claro al exponer en el motivo primero qué efecto jurídico pretende derivar de la cláusula adicional tercera del contrato (pues se trata de alegaciones ajenas a la infracción denunciada en el encabezamiento del motivo y al contexto argumentativo del mismo y además no se indica en ellas en qué infracción normativa ha incurrido la sentencia recurrida, ni se combate su *ratio decidendi* en lo relativo a su ineficacia para excluir los efectos del incumplimiento por el banco del deber de información en el error), sí conviene precisar para agotar la respuesta a las cuestiones planteadas que si lo que la recurrente sostiene -ya que alega que la cláusula se ajusta al artículo 79 bis *in fine* LMNV (cita imprecisa que, según se deduce del contexto se refiere al art. 79 bis 7 *in fine* LMNV) es que estaba exonerada de realizar el test de idoneidad porque no le fue facilitada información por el cliente, estamos ante una alegación que esta Sala no puede atender porque parte de un hecho negado por la sentencia recurrida en la que se declara que no hay el menor vestigio de que los demandantes rehusaran facilitar la información requerida por la entidad; además, el precepto citado (art. 79 bis 7 *in fine* LMNV en la redacción aplicable al contrato por razones de vigencia, anterior a la reforma operada por la disposición final tercera 6 de la 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito) se refería a servicios distintos del asesoramiento en

materia de inversión (precisamente para los que se estableció esa cláusula; doc 3 de la demanda, folio 91 vuelta, de los autos de primera instancia), por lo que esta Sala no se va a pronunciar en este proceso sobre el alcance de esa norma en la medida en que se refiere -y así se ha previsto en el contrato- a un supuesto ajeno al enjuiciado que es de servicio de asesoramiento y por tanto sin trascendencia para la posible casación de la sentencia recurrida.

Finalmente, en cuanto a la argumentación del motivo segundo, carece de fundamento puesto que no resulta adecuado para la casación de la sentencia recurrida al desarrollarse 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 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.

Resta por precisar que las cuestiones sobre las que el banco recurrente ha solicitado a esta Sala la fijación de doctrina (tanto las expuestas con carácter previo en el escrito de interposición, como las enunciadas en lo que se ha denominado en ese escrito motivo tercero) han recibido respuesta con la doctrina expresada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, excepto las relativas a la eficacia de la comunicación al cliente del resultado negativo de la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente y a las formalidades exigibles a los tests de evaluación, sobre las que esta Sala no tiene que pronunciarse en este proceso ya que esos tests -y en concreto el procedente que era el de idoneidad- no se han realizado, por lo que ambas cuestiones resultan irrelevantes para la casación de la sentencia.

CUARTO.- 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 9 de marzo de 2012 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Castellón en el recurso de apelación nº 537/2911 .

2. 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. Firmado y Rubricado.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.