



Roj: STS 354/2014
Id Cendoj: 28079119912014100002
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 879/2012
Nº de Resolución: 840/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 840/2013

Fecha Sentencia : 20/01/2014

CASACIÓN

Recurso Nº : 879/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 17/12/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. GIRONA

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por : RSJ

Nulidad de contrato de permuta financiera (swap) de inflación. Error vicio. Error sobre el contenido del contrato, sobre el alcance del riesgo asumido. Contenido de los deberes de información que se imponen a la entidad financiera por la normativa MiFID. Incidencia del incumplimiento de los deberes de información previstos en la normativa MiFID en la apreciación del error.

CASACIÓN Num.: 879/2012 **Ponente Excmo. Sr. D.:** Ignacio Sancho Gargallo **Votación y Fallo:** 17/12/2013 **Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 840/2013

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil catorce.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Girona.

El recurso fue interpuesto por la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés (hoy la entidad Mare Nostrum, S.A.) representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

Es parte recurrida la entidad Marbres Togi S.L., representada por la procuradora Africa Martín-Rico Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Esther Sirvent Carbonell, en nombre y representación de la entidad Marbres Togi S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Girona, contra la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés, para que se dictase sentencia:

"por la que declare: -La existencia de error por parte de mi principal y/o dolo por parte de la demandada, la Caixa d'Estalvis del Penedés, en la firma del contrato de instrumento financiero derivado de fecha 13 de junio de 2008 (documento nº 1 de la demanda).

-La nulidad total, y en consecuencia falta de eficacia del contrato de instrumento financiero derivado de fecha 13 de junio de 2008 (documento nº 1 de la demanda) fundamentada en el error por parte de mi principal y/o dolo por parte de la demanda, Caixa d'Estalvis del Penedés.

-La condena de la demandada al pago de las costas procesales."

2. La procuradora Mercé Canal Piferrer, en representación de la entidad Caixa D'Estalvis de Penedés, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se disponga: (i) la desestimación de la demanda interpuesta por la demandante contra Caixa Penedés, declarando la vigencia del contrato impugnado;

(ii) la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Girona dictó Sentencia con fecha 26 de abril de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por Marbres Togi SL representada por la procuradora Sra. Sirvent y asistida del letrado Sr. Llorens contra Caixa D'Estalvis del Penedes representada por la procuradora Sra. Canal y asistida del letrado Sr. Sanz debo declarar y declaro la nulidad del contrato de instrumento financiero derivado (swap inflación) de fecha 13 de junio de 2008 por existencia de error invalidante en la actora.

Se imponen las costas a la parte demandada."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona, mediante Sentencia de 12 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación formulado por Caixa del Penedés contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Girona, en los autos de juicio ordinario nº 1428/2009, con fecha

26 de abril de 2011, y confirmar íntegramente la misma, condenando a la apelante al pago de las costas procesales derivadas del recurso de apelación."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. La procuradora Mercé Canal Piferrer, en representación de la entidad Mare Nostrum S.A., sucesora de Caixa d'Estalvis de Penedés, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del art. 79 bis 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores y de los arts. 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero .".

Por diligencia de ordenación de 22 de marzo de 2012, la Audiencia Provincial de Girona, sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés (hoy la entidad Mare Nostrum, S.A.) representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén; y como parte recurrida la entidad Marbres Togi S.L., representada por la procuradora Africa Martín-Rico Sanz.

Esta Sala dictó Auto de fecha 14 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"**ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de Caixa d'Estalvis del Penedés, presentó el día 6 de marzo de 2012, contra la Sentencia dictada, con fecha 12 de diciembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Gerona (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 559/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1428/10 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gerona."

Dado traslado, la representación procesal de la entidad Marbres Togi S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

Por providencia de fecha 26 de noviembre de 2013, se acordó someter a la decisión del Pleno de la Sala la deliberación del presente recurso. Se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La entidad Marbres Togi, S.L. (en adelante, Togi) y la Caixa d'Estalvis del Penedès (Caixa Penedès) concertaron el 13 de junio de 2008 un contrato de **swap**, sin que existieran entre ellas relaciones mercantiles previas ni de activo ni de pasivo. Se trataba de un **swap** de inflación, especulativo, en la medida en que no estaba afectado a operaciones previas o coetáneas entre las partes. El importe del capital nominal de referencia (nocial) fue de

400.000 euros. El tipo fijo marcado era del 3,85%. Se fijaron cinco periodos de cálculo anuales y que la relación contractual se extinguiera el día 30 de abril de 2013.

El contrato fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Caixa Penedès en Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el Sr. Efrain , administrador de Togi.

No consta que el legal representante de Togi tuviera conocimientos financieros específicos, ni que se cumplieran los requisitos legales para considerar a la demandante inversor profesional. Tampoco existe prueba de que se hubiera realizado el test de conveniencia ni el de idoneidad.

La única información precontractual de la que queda constancia son dos e-mails cruzados entre los representantes de la entidad financiera demandada y de la sociedad demandante, en los que no se informa del riesgo de la operación, sino que se explica el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación.

De la primera liquidación, de 1 de mayo de 2009, resultó una deuda para el inversor de 12.343,10 euros.

2. En su demanda, Togi pidió la nulidad del contrato de **swap** por estar viciado su consentimiento como consecuencia de haber padecido un error vicio, o por el dolo empleado por la entidad financiera. Argumentó que tenía la condición de minorista y que la entidad financiera había dejado de cumplir con la obligación que le imponía la normativa MiFID, en concreto, no había realizado los test de idoneidad y conveniencia del cliente. También invocó la normativa de consumidores y usuarios.

La entidad financiera demandada, después de negar que resultara de aplicación la normativa de consumidores, pues el **swap** se había contratado para evitar el incremento de costes de la actividad empresarial de Togi, insiste en que el contrato se suscribió para cubrir el riesgo de la inflación. Niega que haya existido dolo o engaño por su parte en la firma del contrato y afirma que fue el administrador de la demandante quien se dirigió a la entidad de crédito demandada para manifestar su interés por contratar una cobertura de inflación. En la fase precontractual, el cliente fue informado del contrato y cómo podía operar, sin que pudiera existir error vicio del consentimiento.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda, al apreciar error en el consentimiento prestado por Togi. El magistrado de primera

instancia entiende que en la fase precontractual, de acuerdo con las exigencias recogidas en la Ley del Mercado de Valores, debía haberse hecho, y no se hizo, el test de conveniencia, que incluye el estudio del perfil del cliente y la adecuación del riesgo asumido a dicho perfil, a la vista de la complejidad de la operación, de los cálculos y escenarios finales a los que se podía enfrentar el inversor. La sentencia tiene en cuenta que el contrato fue ofrecido por la entidad de crédito y que ésta incumplió los deberes legales de información sobre la complejidad del producto financiero ofrecido y contratado, así como de sus consecuencias. En este contexto, el magistrado argumenta que el inversor incurrió en un error que afectaba a las condiciones mismas de la operación, en concreto, a las consecuencias de los márgenes de inflación pactados en las liquidaciones, al riesgo concreto que asumía, y este error era excusable, al no tener la demandante la condición de inversor profesional y no haberse cumplido los deberes de información derivados de los preceptivos test.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la de primera instancia. La sentencia de apelación entiende que, teniendo Togi la condición de cliente minorista, la demandada no realizó, debiendo hacerlo, el test de conveniencia para comprobar que el producto ofertado fuera el que más se ajustaba a las necesidades de su cliente, ni le informó antes de contratar de forma clara y comprensible acerca de los riesgos derivados del producto contratado. Y concluye que el incumplimiento de estos deberes de información provocaron en la actora un error que afectó al consentimiento, que aparece viciado.

Formulación del motivo único de casación

5. La sentencia de la Audiencia es recurrida en casación sobre la base de un único motivo, que denuncia la infracción de los apartados 6 y 7 del art. 79 bis LMV, y de los arts 72 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero . En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida incurre en una contradicción pues, si entiende que Caixa Penedés prestó un servicio financiero al cliente, lo que procedía era el test de idoneidad y no el test de conveniencia que es el que se le imputa a la demandada no haberlo realizado. También insiste en que no todo trato precontractual tiene la consideración de asesoramiento financiero y en este supuesto no lo habría. En todo caso, entiende que los deberes de información pueden realizarse de cualquier forma, sin necesidad de sujetarse a una determinada, y la ausencia de las evaluaciones no puede sancionarse ni con la nulidad del contrato ni con su anulabilidad.

Cuatro son los puntos sobre los que se pide la fijación de doctrina: i) la delimitación material del servicio de inversión consistente en "asesoramiento financiero" por las entidades financieras a sus clientes frente a los supuestos de mera información sobre instrumentos financieros; ii) la delimitación de los supuestos de realización del test de idoneidad y del test de conveniencia; iii) la ausencia de formalidades específicas para la realización y constancia del test de conveniencia; y iv) la eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente del resultado o conclusión desfavorable sobre la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Alcance de los deberes de información y asesoramiento

6. Normativa aplicable al contrato de **swap cuya nulidad se pretende . Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría**

informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law* -PECL-cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "*Good faith and Fair dealing*" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el **swap**, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

7. Información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "*deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias*" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "*proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional*". Y aclara que esta descripción debe "*incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas*".

En su apartado 2, concreta que "*en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

a) *Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.*

b) *La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*

c) *La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.*

d) *Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento* ".

8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad . Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un *test de conveniencia* , conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente " *tiene los conocimientos y*

experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado ".

Esta " *información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, 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 previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:*

a) *Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.*

b) *La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.*

c) *El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes* " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El *test de idoneidad* opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " *deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:*

a) *Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.*

b) *Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).*

c) *Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).*

9. Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52

Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " *la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros* ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " *se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)* ", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus

circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que 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" (apartado 55).

A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que en nuestro caso Caixa del Penedés llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de **swap** fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas.

Caixa del Penedés debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía.

Error vicio del consentimiento

10. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, en atención a lo que fue objeto litigioso y al motivo del recurso de casación, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato.

En su apartado 57, la reseñada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil

48. S.L. (C-604/2011), pone de relieve que, "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias". En consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]".

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, en atención al *petitum* y a la *causa petendi* de la demanda, apreciaron la concurrencia de error vicio en la contratación del **swap** y acordaron la anulación del contrato. En casación se cuestiona que la acreditada infracción de los deberes de información y de la valoración de idoneidad prevista en el art. 79bis LMV no debía haber conllevado el error vicio en la contratación de aquel producto financiero. Y al hilo de ello, el recurso cuestiona cuál es la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de los deberes previstos en el art. 79bis LMV en la válida formación del contrato, y en concreto en la posible apreciación de error.

11. Jurisprudencia sobre el error vicio . La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones

anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un **swap**, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre : Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (" *pacta sunt servanda* ") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " *lex privata* " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos-sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, ésto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida

12. El deber de información y el error vicio . 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.

13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad . Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado *test de conveniencia* . En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado *test de idoneidad* .

En 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.

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 tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La 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.



En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de **swap**, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio.

Costas

14. La desestimación del recurso de casación conlleva la imposición de las costas a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación de Caixa d'Estalvis del Penedès (hoy entidad Mare Nostrum S.A.) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1ª) de 12 de diciembre de 2011, que conoció del recurso de apelación (rollo de apelación 559/2011) formulado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Girona de 26 de abril de 2011 (juicio ordinario 1428/10), con imposición de las costas a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho, y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos,

mandamos y firmamos.-Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-**Ignacio Sancho Gargallo**.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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