



Roj: STS 2263/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2263
Id Cendoj: 28079110012016100326
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 452/2013
Nº de Resolución: 331/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 19 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 451/2012 de 18 de diciembre dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 80/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ontinyent, sobre nulidad de contrato de permuta financiera de tipos de interés por error vicio. El recurso fue interpuesto por Etxea, S.A., representada por la procuradora D.ª Adela Cano Cantero y asistida por el letrado D. Javier Millet Sancho. Es parte recurrida Banesto, S.A., representada por la procuradora D.ª Cayetana Natividad de Zulueta Luchsinger y asistida por el letrado D. Antonio Poveda Bañón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Saraza Jimena**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Rosario Calatayud Ribera, en nombre y representación de Etxea, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito, S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que se:

» - Declare, la nulidad del contrato denominado Operación de Permuta financiera de Tipos de Interés, de 24 de julio de 2008, por incumplimiento de la ley y/o por la concurrencia de un vicio del consentimiento.

» - Declare, como efecto de la nulidad del contrato, la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, procediendo a la anulación de las liquidaciones que se hubieran girado.

» Y en su defecto y como petición subsidiaria, caso de no estimarse la principal;

» - Declare, la nulidad de la condición general segunda del contrato y todas aquellas relacionadas con la misma, relativas a la cancelación anticipada del mismo, en la medida en que, no se informó, ni se informa de las consecuencias y no hay claridad ni explicación respecto de los importes a cargar o coste por su cancelación anticipada, dejando de forma abusiva la determinación del coste de la cancelación a la voluntad de una de las partes, y existir un vicio del consentimiento y en consecuencia declare que no procede el pago de coste alguno para mi representada respecto de su cancelación y le restituyan las sumas desde que se solicitó la misma.

» Y en su caso y como complementaria a la anterior petición declare, que se indemnice con los daños y perjuicios originados a mi representada por falta de diligencia de Banesto en el cumplimiento del contrato desde febrero de 2009, y que consisten en las liquidaciones giradas desde dicha fecha y que representan 43.763,15 euros, así como las que correspondan hasta su vencimiento, conforme a lo indicado en el hecho noveno. Dicho importe deberá ser reducido en el caso de que se estime total o parcialmente la petición complementaria previa conforme a lo indicado en el párrafo anterior».

2.- La demanda fue presentada el 2 de febrero de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ontinyent (Valencia) y fue registrada con el núm. 80/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Francisca Vidal Cerdá, en representación de Banco Español de Crédito, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba

«[...] dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ontinyent, dictó sentencia núm. 35/2012 de fecha 26 de abril , con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda formulada por Etxea, S.A. contra la mercantil Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), debo declarar y declaro la nulidad del contrato sobre operaciones financieras suscrito entre las partes el 24 de julio de 2008, así como su anexo, siendo nulas las liquidaciones que se hayan practicado en su virtud, condenando a Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto) a estar y pasar por la anterior declaración, y debiendo restituirse las partes, en su caso, las prestaciones satisfechas en virtud del contrato anulado.

» Las costas se imponen a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Español de Crédito, S.A. La representación de Etxea, S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 681/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 451/2012 en fecha 18 de diciembre , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por Banco Español de Crédito, S.A. contra la sentencia dictada el 26-4-12 por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Ontinyent , que se revoca, y en su lugar, se desestima la demanda interpuesta por Etxea, S.A. en su totalidad, sin expresa imposición de costas de primera instancia ni de esta alzada. Se acuerda reintegrar al recurrente el depósito constituido para recurrir».

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

1.- La procuradora D.^a Rosario Calatayud Ribera, en representación de Etxea, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la Sentencia recurrida infringe los artículos 218.1 , 218.2 y 448 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla».

«Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en cuanto que la Sentencia Recurrida vulnera derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, con la consiguiente indefensión».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Interés casacional por existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de los contratos swaps y de permuta financiera, y las obligaciones y requisitos a cumplir por las entidades financieras en la comercialización de los mismos. Cuestión jurídica planteada y objeto de la sentencia».

«Segundo.- Interés casacional por existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de los contratos swaps y de permuta financiera, y el nivel de exigencia respecto de la diligencia a emplear por la entidad financiera y si la falta de información respecto de las consecuencias de cancelación es de entidad suficiente y principal para declarar la nulidad del contrato, que también se corresponde con la cuestión jurídica planteada y objeto de la sentencia».

«Tercero.- Interés casacional por derivado de la contravención por la Sentencia Recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de la nulidad del contrato por incumplimiento de ley en relación con el art. 6.3 del Código Civil ».

«Cuarto.- Interés casacional derivado de la contravención por la Sentencia Recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto de la no necesidad de apelación respecto de la estimación de la demanda en primera instancia y que se entre respecto de las peticiones subsidiarias».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1. Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Etxea, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 18 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, en el rollo de apelación nº 681/2012, dimanante del juicio ordinario 80/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ontinyent.

» 2. Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala ».

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

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- La entidad Etxea, S.A. (en lo sucesivo, Etxea) interpuso a principios de 2011 una demanda en la que, con carácter principal, solicitaba que se declarara la nulidad del contrato denominado "operación de permuta financiera de tipos de Interés" de 24 de julio de 2008, por incumplimiento de la ley y/o por la concurrencia de un vicio del consentimiento, y, como consecuencia de dicha nulidad, se acordara la restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del mismo, procediendo a la anulación de las liquidaciones que se hubieran girado. Y como petición subsidiaria, para el caso de no estimarse la principal, solicitaba que se declarara la nulidad de las cláusulas relativas a la cancelación anticipada del contrato, en la medida en que no se informaba de las consecuencias y no hay claridad ni explicación respecto de los importes a cargar o coste por su cancelación anticipada, dejando de forma abusiva la determinación del coste de la cancelación a la voluntad de una de las partes, y existir un vicio del consentimiento, y en consecuencia, se declarara que no procedía el pago de coste alguno para Etxea respecto de su cancelación y le restituyan las sumas desde que se solicitó la cancelación y:

«se indemnice con los daños y perjuicios originados a mi representada por falta de diligencia de Banesto en el cumplimiento del contrato desde febrero de 2009, y que consisten en las liquidaciones giradas desde dicha fecha y que representan 43.763,15 euros, así como las que correspondan hasta su vencimiento, conforme a lo indicado en el hecho noveno. Dicho importe deberá ser reducido en el caso de que se estime total o parcialmente la petición complementaria previa conforme a lo indicado en el párrafo anterior».

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión principal de la demanda. Tras poner de relieve la especial incidencia del deber de información al cliente en los contratos financieros de carácter complejo y de riesgo, acentuado cuando se contrata con clientes minoristas, consideró que la información facilitada por Banesto a Etxea no se ajustaba a los requisitos establecidos en la normativa reguladora del mercado de valores, máxime cuando se trataba de un producto financiero de alto riesgo. Habiendo sido ofertado el producto por Banesto a Etxea, la información precontractual suministrada por Banesto no fue suficiente para que el cliente pudiera formar su criterio sobre el producto contratado según lo estipulado en la normativa citada, pues lo que se le ofreció no era el producto que buscaba el cliente para asegurarse un tipo de interés. Se le ofreció como producto destinado a amortiguar o cubrir el riesgo de subida de los tipos de interés un producto de carácter aleatorio o especulativo, sin tener en cuenta el perfil inversor conservador del cliente, ni que se reuniese la documentación necesaria para conocer al cliente (no se hizo el test de conveniencia y el test de idoneidad, de ser auténtico, contiene preguntas extremadamente vagas y aparece firmado el mismo día en que se firmó el contrato cuya nulidad se solicita). La información omitida no puede considerarse superflua puesto que se trataba de un cliente minorista, cuyas actividades no están relacionadas con actividades financieras, siendo los riesgos de las pólizas de crédito o leasing muy diferentes al del swap contratado. Además, no se especifica el coste financiero, la relación entre el contrato y la deuda a cubrir, contiene referencias a un impreciso valor de mercado y no fija con claridad los parámetros del coste de cancelación. Todo lo cual llevaba a apreciar que el error de la demandante era esencial y excusable y, como tal, apto para determinar la nulidad del contrato.

Pese a estimar la pretensión principal, la sentencia añadió que «no se ha probado el carácter abusivo de la cláusula de cancelación, así como la de los propios rangos de cobertura contratados».

3.- Banesto apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Consideró que el error no era excusable pues el legal representante de Etexa había firmado el contrato sin entenderlo y sin que le informaran, el test estaba firmado por él, el contrato contenía un aviso sobre los riesgos de la operación y una referencia al pleno conocimiento por el cliente de los riesgos e información sobre los mismos.

La Audiencia Provincial afirmaba también que, aunque estaba reconocido por los empleados de Banesto que no se informó a Etexa sobre el coste de cancelación, no estaba previsto en principio tal cancelación ni era previsible un escenario, como el que se produjo meses después, de bajada brusca de los tipos de interés, y consta que se le ofreció la cancelación anticipada y no la aceptó. Tal cuestión, seguía afirmando la sentencia, «hubiera podido determinar, en su caso, tal y como se solicitaba como petición subsidiaria en la demanda, la declaración de nulidad de tal cláusula, pero, como hemos anticipado, la sentencia de primera instancia, no obstante acoger la petición principal, se pronunció expresamente, para rechazarla, sobre la subsidiaria, y la demandante no reprodujo, al oponerse, tal cuestión, con lo que ha de entenderse, como se ha expresado anteriormente, consentido su rechazo por la parte a quien perjudica».

4.- Etexa ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y recurso de casación, basado en cuatro, todos los cuales han sido admitidos a trámite.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El epígrafe con que se encabeza el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente:

«Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC , en cuanto que la Sentencia recurrida infringe los artículos 218.1 , 218.2 y 448 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla».

2.- El epígrafe del segundo motivo es del siguiente tenor literal:

«Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en cuanto que la Sentencia Recurrida vulnera derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, con la consiguiente indefensión».

3.- En ambos motivos se alega que la sentencia recurrida infringe los preceptos mencionados en los epígrafes de los motivos al considerar que, pese a que el Juzgado de Primera Instancia había dictado un fallo estimatorio de la petición principal de la demanda interpuesta, era necesario que la demandante hubiera apelado *ad cautelam* la sentencia para que la Audiencia Provincial pudiera estimar la petición subsidiaria.

TERCERO.- *Decisión de la Sala. El ámbito de la apelación en el caso de que, formuladas varias pretensiones en la demanda, hayan sido estimadas algunas y desestimadas otras, y solo haya recurrido la parte demandada.*

1.- Los motivos plantean la problemática sobre la procedencia de que, al resolver el recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estimó una pretensión de las varias formuladas de modo alternativo (subsidiario) en la demanda, el tribunal de apelación, caso de estimar fundada la apelación, deba abordar el examen de las demás pretensiones ejercitadas en la demanda y pueda condenar al demandado al estimar otra de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

Esta cuestión afecta a la congruencia en la apelación (art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la reducción del ámbito de lo discutido en la primera instancia por consentir alguna de las partes en la desestimación de alguna de sus peticiones o excepciones, que no podrían por tanto ser enjuiciadas por el tribunal de apelación (principio *tantum devolutum quantum appellatum* , esto es, el conocimiento del tribunal de apelación se circunscribe a aquello que ha sido apelado) o el carácter firme de pronunciamientos que no han sido impugnados (art. 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La solución ha de ser distinta dependiendo de que en primera instancia se haya omitido resolver las pretensiones alternativas a aquella que ha sido estimada, o se haya entrado a conocer y se haya desestimado la pretensión o pretensiones alternativas a aquella que ha sido estimada.

2.- En el primer caso, esto es, si el juzgado ha estimado una pretensión y ha omitido entrar a conocer de las demás, y sobre ellas no hay por tanto un pronunciamiento desestimatorio (que no necesariamente habría de estar expresamente recogido en el fallo pero que habría de ser claro y expreso en la fundamentación de la

sentencia), es doctrina de esta Sala que la sentencia del tribunal de apelación que estime fundado el recurso del demandante debe entrar a enjuiciar la pretensión no resuelta en la sentencia de primera instancia, sin necesidad de que la parte que la formuló, el demandante, apele o impugne la sentencia de primera instancia para sostenerla de forma expresa en la segunda instancia y sin necesidad de plantear la cuestión en la oposición al recurso, pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia.

Solo así se evita incurrir en incongruencia omisiva. Al no haber sido examinada y resuelta la pretensión por la sentencia de primera instancia, no hay un pronunciamiento desestimatorio desfavorable que legitimara al demandado para impugnar y que quede fuera del debate de la segunda instancia ante la falta de impugnación.

Esta doctrina ha sido mantenida por esta sala, tanto respecto de las pretensiones como respecto de las excepciones no resueltas en la sentencia apelada, en sentencias como las núm. 87/2009, de 19 de febrero de 2009 , 432/2010, de 29 de julio , 370/2011, de 9 de junio de 2011 , 977/2011, de 12 de enero , y 532/2013, de 19 de septiembre .

Ha sido asimismo sostenida, en alguna ocasión con referencia a otro tipo de recursos ante otras jurisdicciones, en las sentencias del Tribunal Constitucional 4/1994, de 17 de enero , 206/1999, de 8 de noviembre , y 218/2003, de 15 de diciembre , y 51/2010, de 4 de octubre .

Son también exponentes de esta doctrina las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 , casos *Ruiz Torija contra España e Hiro Balani contra España* . El examen de los casos resueltos en estas sentencias muestra que el tribunal de apelación no se pronunció sobre la excepción de prescripción, en el primer caso, y sobre uno de los motivos de oposición a la demanda, en el segundo, cuando tales cuestiones no habían sido resueltas por las sentencias de primera instancia (párrafo 10 de la sentencia del caso Ruíz Torija y párrafo 9 de la sentencia del caso Hiro Balani).

3.- Pero no es ese el supuesto que se plantea en el presente caso, pues en este la sentencia del Juzgado de Primera Instancia entró a conocer y desestimó expresamente la pretensión de nulidad de la cláusula de cancelación anticipada por tener carácter abusivo, por más que ese pronunciamiento no se llevara explícitamente al fallo.

Esta sala, en anteriores resoluciones, ha considerado en estos casos necesaria la impugnación de la sentencia de primera instancia por parte del demandante que vio expresamente desestimada la pretensión alternativa, aunque se le hubiera estimado otra de las pretensiones formuladas, cuando la parte contraria apela la sentencia. Lo mismo ha afirmado respecto del demandado que ha visto expresamente desestimada la excepción de prescripción.

Nuestra sentencia 481/2010, de 25 de noviembre , enjuició un supuesto en el que en primera instancia se desestimó la excepción de prescripción y se desestimó la demanda por otras razones sustantivas. La Audiencia Provincial estimó la excepción de prescripción pese a que el demandado no había impugnado la sentencia, por lo que desestimó el recurso de apelación. La demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y alegó que la competencia del tribunal de segundo grado no alcanzaba a conocer sobre la prescripción porque la desestimación de dicha excepción no había sido impugnada. El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal razonando a tal efecto:

«A) Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [solo se defiende al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.º 2915/1999 , 1 de diciembre de 2006, recurso n.º 445/2000 , 21 de junio de 2007, recurso n.º 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una *reformatio in peius* o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petita [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de 2007, recurso n.º 1007/2000 , STS 24 de marzo de 2008, recurso n.º 100/2001).

»B) En el caso examinado la sentencia recurrida ha infringido este principio y, con ello, las normas sobre congruencia establecidas en el artículo 218 LEC , invocado como fundamento de este motivo. En efecto, no habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera instancia, ni habiendo este impugnado la sentencias en los extremos que pudieran resultarle desfavorables con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación.

»C) No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada formulara en la oposición alegaciones sobre la prescripción. Para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiese apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos en los que le resultaba desfavorable, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte. La parte demandada, por el contrario, según resulta de los autos, formuló su escrito como de oposición al recurso de apelación, se limitó a solicitar en él la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia y no se opuso a que el Juzgado, en consonancia con ello, diera a su escrito el trámite propio de la oposición, y no el de la impugnación de la sentencia, que hubiera comportado el traslado a la parte apelante, como exige el artículo 461.4 LEC .

»En efecto, el artículo 461 LEC contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante concediendo a quien no es inicialmente apelante, no solo la facultad de oponerse al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino también la de impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable, caso en el que se da traslado a la parte inicialmente apelante para que pueda defenderse. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación (STS 13 de enero de 2010, recurso n.º 912/05)».

Esta doctrina ha sido sustentada en otras sentencias de esta Sala, como las 108/2007, de 13 de febrero , 1335/2007, de 10 de diciembre , 883/2011, de 7 de enero , y 532/2013, de 19 de septiembre .

Si la sentencia de primera instancia resolvió la pretensión alternativa (subsidiaria), desestimándola, el tribunal de apelación solo puede revocar este pronunciamiento desestimatorio si la parte afectada desfavorablemente por tal pronunciamiento lo impugna, expresando las razones por las que considera que el pronunciamiento no está fundado en derecho. De esta forma, al dar al demandado, inicial recurrente, traslado de la impugnación de la desestimación de la pretensión formulada por el demandante, inicial recurrido, se da a la parte favorecida por el pronunciamiento la oportunidad de rebatir los argumentos de la impugnación. De no exigir la impugnación por el recurrido del pronunciamiento desestimatorio de la pretensión que formuló, se estaría privando a la parte favorecida por el pronunciamiento de la posibilidad de rebatir estos argumentos impugnatorios, o se le obligaría a realizar en su recurso de apelación, por adelantado, unas alegaciones en defensa de ese pronunciamiento, sin conocer siquiera si va a ser cuestionado por la parte que vio desestimada la pretensión alternativa que formuló o, de serlo, cuáles pudieran ser los argumentos impugnatorios, y se afectaría seriamente su derecho a la tutela judicial efectiva, en las garantías de contradicción e interdicción de la indefensión, pues podría ver desestimado su recurso con base en alegaciones impugnatorias a las que no habría podido replicar dialécticamente.

4.- La objeción sobre la falta de gravamen para impugnar (el demandante no podría recurrir pues la demanda fue estimada, pese a la expresa desestimación de la pretensión subsidiaria) resulta superada cuando el demandado formula recurso y el demandante puede verse afectado desfavorablemente por la desestimación de su pretensión subsidiaria en primera instancia, si el tribunal de apelación considera fundado el recurso del demandado. La formulación del recurso por el demandado que vio estimada la pretensión principal ejercitada contra él, hace surgir el gravamen del demandante que vio desestimada su pretensión subsidiaria (de ahí que las sentencias de esta sala 108/2007, de 13 de febrero , y 532/2013, de 19 de septiembre , hablan de la existencia en tal caso de un "gravamen eventual") y le legitima para formular impugnación en la que, valga la redundancia, impugne el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión.

Ha de tenerse en cuenta la mayor laxitud de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en la conceptualización de «gravamen» para recurrir o para impugnar un recurso de apelación. El art. 448, al regular el «derecho a recurrir», prevé que las partes pueden interponer recurso contra las resoluciones «que les afecten desfavorablemente» y el art. 461.1 prevé que el apelado pueda impugnar la resolución apelada «en lo que le resulte desfavorable». Al comparar el texto de estos preceptos con el de los artículos 705 , 858 , 892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , que permitía la adhesión a la apelación «sobre los puntos en que crea perjudicial la sentencia», la sentencia de esta sala 437/2009, de 22 de junio , considera que la impugnación contemplada en el art. 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 «parece concebida en términos más amplios que la "adhesión" al recurso de apelación contemplada en los arts. 705 , 858 y 892 LEC de 1881 al sustituir "perjudicial" por "desfavorable" y permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación formulada por el inicialmente apelado...».

5.- Cuestión distinta es que por una excesiva rigidez formal un escrito del recurrido en el que impugna el pronunciamiento desestimatorio de la excepción reciba el tratamiento de escrito de oposición al recurso y no de impugnación a la sentencia, supuesto este en la que el Tribunal Constitucional ha otorgado amparo por

vulneración del art. 24 de la Constitución (STC 73/2009, de 23 de marzo). Pero no es eso lo sucedido en el caso enjuiciado en este recurso.

6.- Asimismo, no puede confundirse el pronunciamiento desestimatorio de una pretensión con el hecho de que la sentencia no acepte determinados argumentos de la demanda que fundamentan la pretensión. Si esta es estimada, pese a que alguno de los argumentos que la sustentaban no fueron aceptados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el demandante no puede formular recurso de apelación, y la Audiencia Provincial debe considerar todos los argumentos esgrimidos en apoyo de su pretensión, incluso los que el Juzgado de Primera Instancia no consideró acertados, y no puede dejar de hacerlo argumentando que el demandante no ha recurrido o impugnado la sentencia. Al haber sido estimada su pretensión, carecía de gravamen para hacerlo, pues no constituye tal gravamen el hecho de que algunos de sus argumentos no fueran compartidos por el juzgado.

7.- Debe precisarse que lo desestimado por el Juzgado de Primera Instancia fue la pretensión de que se declarara abusiva la cláusula de vencimiento anticipado. Pero una de las razones por las que el Juzgado consideró que la información suministrada por Banesto a Etxea no fue correcta y determinó el error esencial y excusable de esta, fue la insuficiencia de información sobre el coste de la cancelación anticipada. Por tanto, sí es procedente que Etxea pueda cuestionar ahora las consideraciones que la Audiencia Provincial hizo sobre este particular.

Recurso de casación.

CUARTO.- *Formulación de los dos primeros motivos del recurso de casación.*

1.- El epígrafe del primer motivo del recurso de casación es el siguiente:

«Interés casacional por existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de los contratos swaps y de permuta financiera, y las obligaciones y requisitos a cumplir por las entidades financieras en la comercialización de los mismos. Cuestión jurídica planteada y objeto de la sentencia».

2.- El epígrafe del segundo motivo es:

«Interés casacional por existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de los contratos swaps y de permuta financiera, y el nivel de exigencia respecto de la diligencia a emplear por la entidad financiera y si la falta de información respecto de las consecuencias de cancelación es de entidad suficiente y principal para declarar la nulidad del contrato, que también se corresponde con la cuestión jurídica planteada y objeto de la sentencia».

3.- Dada la íntima conexión de los argumentos expuestos en ambos motivos, procede exponerlos y resolverlos conjuntamente.

4.- La recurrente impugna las razones por las que la Audiencia Provincial considera que la información suministrada por Banesto a Etxea se ajustó a la normativa aplicable y excluyó la existencia de error sustancial y excusable, por lo que considera que la sentencia apelada infringe el art. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , en relación con los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , y reprodujo parcialmente varias sentencias de Audiencias Provinciales en apoyo de su tesis.

Etxea critica que se hayan considerado suficientes las advertencias sobre el riesgo contenidas en el contrato y el contenido mismo de este, así como que se admita que no se ha dado información respecto de las consecuencias de la cancelación anticipada del contrato de swap pero no se le otorgue carácter esencial y, por el contrario, se exija una diligencia excesiva al empresario receptor de la oferta del producto complejo.

QUINTO.- *Decisión de la Sala. Nulidad de contrato de swap por error vicio causado por el incumplimiento por el banco de sus deberes de información al cliente.*

1.- Como cuestión previa, no pueden admitirse las alegaciones que realiza Banesto sobre los defectos formales que presentan estos motivos del recurso.

Sobre esta cuestión, la Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º

de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio , puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

2 .- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (*Efstathiou y otros contra Grecia*), 24 de abril de 2008 (*Kemp y otros contra Luxemburgo*), 30 de julio de 2009 (*Dattel contra Luxemburgo*), 5 de noviembre de 2009 (*Nunes Guerreiro contra Luxemburgo*) y 22 de julio de 2010 (*Ewert contra Luxemburgo*).

3.- En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que, pese a que la técnica del recurso es manifiestamente mejorable, los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, tanto directamente como por la reproducción de sentencias que apoyan su tesis, se ha expuesto cómo ve la parte recurrente el interés casacional, que por otra parte es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

Asimismo, se plantean como causa de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

En cuanto a la alegación de que se ha cambiado la base fáctica del litigio, no puede aceptarse en líneas generales. La recurrente se apoya en la narración de hechos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que en lo sustancial es mantenida por la Audiencia Provincial (salvo extremos puntuales, tales como la suscripción del test de idoneidad), pues lo que esta modifica no es tanto la fijación de los hechos, que es la cuestión fáctica, como su valoración jurídica, que es susceptible de ser objeto del recurso de casación.

4.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre ,

595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 691/2015, de 10 de diciembre , 692/2015, de 10 de diciembre , 742/2015, de 18 de diciembre , 31/2016, de 4 de febrero , y 195/2016, de 20 de marzo , entre otras.

Tales resoluciones conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

5.- Cuando se suscribió el contrato cuya nulidad se solicitó en la demanda estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que la desarrolla.

Ya la legislación anterior a la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID («Markets in Financial Instruments Directive», Directiva 2004/39/EC) recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia.

6.- Así pues, cuando se concertó el contrato cuya nulidad se solicita, las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

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, las empresas que operan en estos mercados deben proporcionar a sus clientes «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 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, establece con más concreción:

«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».

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.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia 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.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, 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 que 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 (...).

7.- Partiendo de los propios hechos considerados acreditados, no puede considerarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato de swap. Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala.

8.- Hemos dicho en anteriores resoluciones que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Banesto pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los costes de la cancelación anticipada.

9.- El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre).

10.- La Audiencia Provincial consideró suficiente la propia redacción del contrato, que contenía un aviso sobre los riesgos, que haría innecesaria cualquier información complementaria, y atribuyó al representante de Etxea la actuación negligente, pues no hubiera incurrido en error si hubiera pedido aclaraciones de los extremos que no había comprendido. Además, declara la Audiencia, existía una cláusula en la que el cliente manifestaba tener capacidad para evaluar y entender, y haberlo hecho efectivamente, la naturaleza y los riesgos del producto financiero contratado, haber contratado por propia iniciativa y no haber sido asesorado por el banco.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato. La mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para Etxea. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

También hemos declarado anteriormente que las menciones predisuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , y 692/2015, de 10 de diciembre , entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap, que son deberes inherentes a la labor de asesoramiento derivada de ser la entidad bancaria la que ha ofertado el producto al cliente.

11.- Pese a que el riesgo frente al que pretendía protegerse el cliente al firmar el contrato de swap que le ofreció Banesto era el de una subida del tipo de interés, el riesgo que acaeció y que supuso un grave quebranto patrimonial para el cliente fue el de bajada del tipo de interés, puesto que el contrato de swap, en realidad, constituía una apuesta sobre la evolución del euribor, campo este en el que la información de que disponía Banesto era claramente superior a la que tenía el cliente.

En estas circunstancias, no puede aceptarse que no existió déficit informativo. Banesto incumplió sus deberes de información, lo que determinó que mientras el cliente creía asegurarse frente a subidas desorbitadas del euribor, estaba concertando un contrato aleatorio en el que solo resultaba protegido si el euribor se situaba entre dos cotas, por lo que ni siquiera resultaba protegido frente a una subida acusada de los tipos de interés, que suponía una apuesta sobre la evolución del euribor, sobre la que existía una clara asimetría informativa entre el banco y el cliente, y que iba a provocarle graves pérdidas como consecuencia de la bajada del euribor.

12.- La normativa reguladora de la contratación de estos productos financieros exige a la empresa de inversión que suministre a sus clientes una información imparcial. Sin embargo, Banesto no informó al cliente de que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, o la entidad a la que este sirve de intermediario, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Banesto tampoco informó a los clientes sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho en sentencias anteriores, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

13.- El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, de una cuantía considerable. Banesto tampoco lo hizo, pues el «aviso importante sobre el riesgo de la operación» no constituye una información clara y suficiente sobre este extremo, estando redactada en términos difícilmente inteligibles, además de no ser entregada con la antelación suficiente a la concertación del contrato, puesto que se encuentra en el documento contractual. El cliente resultó sorprendido por unas liquidaciones negativas abultadas, en relación con el importe del nocional contratado y con las liquidaciones positivas recibidas durante un breve periodo, de cuya posibilidad no se le había advertido adecuadamente.

14.- También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso. La mención de que el coste de cancelación se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

No es cierto que el error por defecto de información sobre los costes de cancelación no pudiera tomarse en consideración para declarar la nulidad de todo el contrato. En la demanda existía una petición subsidiaria respecto de dicha cláusula, para el caso de que se desestimara la nulidad de todo el contrato, que se fundaba principalmente en el supuesto carácter abusivo de la cláusula. Pero la alegación de defectuosa información sobre el coste de cancelación era una más de las alegaciones formuladas sobre la insuficiencia e incorrección de la información suministrada por Banesto al cliente, que habría determinado el error vicio sobre el que se basaba la petición de nulidad de todo el contrato, y así lo consideró la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, por más que desestimara la pretensión subsidiaria por no considerar abusiva la cláusula. No olvidemos que la nulidad derivada del control de abusividad tiene una naturaleza diferente a la nulidad por concurrencia de error vicio.

15.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada del índice de referencia y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

Hemos declarado que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «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».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas y que el error es inexcusable puesto que firmó sin comprender el contrato. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba, que le cubriera frente a las subidas de los tipos de interés y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente.

16.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de inversión citados, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banesto a Etxea y que este cliente resultó adecuadamente informado a la vista de su perfil de conocimientos y experiencia, así como el art. 1266 del Código Civil , cuando consideró que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

17.- Como hemos dicho anteriormente, las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Banesto había cumplido sus obligaciones no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica, que se revela incorrecta por cuanto del relato de la demanda resulta suficientemente claro que Banesto no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarse sobre el perfil y las necesidades del cliente (se le realizó un test absolutamente insuficiente el mismo día en que firmó el contrato), ofertarle el producto acorde con su perfil y sus necesidades, y suministrarle con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente.

Como puso de relieve la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y no es contradicho por la Audiencia Provincial por más que no lo considere relevante, el escueto test de conveniencia realizado al cliente se suscribió simultáneamente al contrato de swap, lo que muestra claramente que se trató de una mera formalidad sin contenido real. Además, al tratarse en realidad de un servicio de asesoramiento, pues el producto fue ofertado por Banesto al cliente, el test que debió de realizarse fue el más completo y adecuado test de idoneidad.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sin necesidad de resolver los restantes motivos del recurso de casación.

SEXTO.- *Costas y depósitos*

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación conllevan que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las devengadas por el recurso de casación y se impongan a Etxea las derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal. Asimismo, al resultar desestimado el recurso de apelación interpuesto por Banesto, deberá condenarse a esta entidad al pago de las costas de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, decretándose la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por Etxea, S.A. contra la sentencia núm. 451/2012 de 18 de diciembre dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 681/2012 . 2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banesto, S.A., contra la sentencia 35/2012, de 26 de abril, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ontinyent en el juicio ordinario núm. 80/2011, que confirmamos en sus propios términos, y condenamos a Banesto, S.A., al pago de las costas del recurso de apelación. 3.º- No procede hacer imposición de las costas del recurso de casación. Se condena a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y se decreta la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno **Rafael Saraza Jimena** Pedro Jose Vela Torres.