



Roj: **STS 1283/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1283**

Id Cendoj: **28079119912018100013**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **1952/2015**

Nº de Resolución: **222/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 222/2018

Fecha de sentencia: 17/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1952/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1952/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 222/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

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. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 17 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por las entidades demandantes Cultivos Energéticos Segarra Valls S.L., Cultivos Energéticos Giménez Segarra S.L., Cultivos Energéticos Segarra Arnau S.L., Cultivos Energéticos Segarra Fas S.L. y Cultivos Energéticos Ros Mangriñán S.L., representadas por la procuradora D.ª María del Mar de Villa Molina bajo la dirección letrada de D. Vicent Bellido Cambrón, contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2011 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón en el recurso de apelación n.º 258/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1550/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Nules, sobre nulidad de contratos de permuta financiera y restitución de prestaciones. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo bajo la dirección letrada de D. Josep Gallel Boix.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de septiembre de 2009 se presentó demanda interpuesta por Cultivos Energéticos Segarra Valls S.L., Cultivos Energéticos Giménez Segarra S.L., Cultivos Energéticos Segarra Arnau S.L., Cultivos Energéticos Segarra Fas S.L. y Cultivos Energéticos Ros Mangriñán S.L. contra Banco Santander S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«A) Se declare en primer lugar la nulidad de todos y cada uno de los contratos de permuta financiera o SWAPS y los contratos marco de operaciones financieras suscritos por los actores con la demandada BANCO SANTANDER S.A. y se le condene a esta a que reintegre a los actores las prestaciones realizadas a fecha de interposición de la presente demanda, y en concreto a que abone a CULTIVOS ENERGÉTICOS SEGARRA VALLS SL la cantidad de 11.030'36 € (que es la diferencia entre lo que ha recibido del banco y lo que ha abonado a este por aplicación del contrato), a CULTIVOS ENERGÉTICOS GIMÉNEZ SEGARRA SL la cantidad de 11.030'36 € (que es la diferencia entre lo que ha recibido del banco y lo que ha abonado a este por aplicación del contrato), a CULTIVOS ENERGÉTICOS SEGARRA ARNAU SL la cantidad de 11.030'36 € (que es la diferencia entre lo que ha recibido del banco y lo que ha abonado a este por aplicación del contrato), a CULTIVOS ENERGÉTICOS SEGARRA FAS SL la cantidad de 11.030'36 € (que es la diferencia entre lo que ha recibido del banco y lo que ha abonado a este por aplicación del contrato), y a CULTIVOS ENERGÉTICOS ROS MANGRIÑAN SL la cantidad de 10.122'49 € (que es la diferencia entre lo que ha recibido del banco y lo que ha abonado a este por aplicación del contrato), más los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de inicio del producto objeto de la litis, es decir, desde el 27 de mayo del año 2008 o 20 de mayo del 2008 según contrato, más todas aquellas liquidaciones posteriores que se carguen a los demandantes durante la pendencia del presente proceso.

»B) Subsidiariamente, y únicamente para el caso de que se desestime la petición principal anterior, se declare la nulidad de las cláusulas Novena a Decimocuarta del contrato marco, denominada esta última CÁLCULO DE LA CANTIDAD A PAGAR, para que cualquiera de las partes pueda cancelar el producto en cualquier momento y sin coste añadido, entendiéndose a su vez que las demandadas han procedido a manifestar su voluntad de cancelación al interponer la presente demanda, y se declare además la nulidad del tipo fijo pactado en el contrato de Permuta Financiera o SWAP, dejándolo o reduciéndolo en el 3%, y declarando nulos los importes establecidos en la cláusula que establece Barreras aplicables y Tipos CAP, dejándolos o reduciéndolos judicialmente en el 3% el primero y el 5% el segundo.

»C) Se condene a la demandada a las costas del procedimiento».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Nules, dando lugar a las actuaciones n.º 1550/2009 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con expresa imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la juez sustituta del mencionado juzgado dictó sentencia el 8 de noviembre de 2010 con el siguiente fallo:



«Que estimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Motilva en nombre y representación de CULTIVOS ENERGETICOS SEGARRA VALLS SL, CULTIVOS ENERGETICOS GIMENEZ SEGARRA SL, CULTIVOS ENERGETICOS SEGARRA ARNAU SL, CULTIVOS ENERGETICOS SEGARRA FAS SL, Y CULTIVOS ENERGETICOS ROS MANGRIÑAN SL debo declarar y declaro la nulidad de todos los contratos de permuta financiera o SWAP y los CMOF suscritos con BANCO SANTANDER , por lo que debo condenar y condeno al banco a que reintegre las cantidades percibidas de los actores incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de suscripción del contrato, minoradas en las cantidades abonadas a los actores con sus correspondientes intereses, todo ello con condena en costas».

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 258/2011 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón , esta dictó sentencia el 26 de septiembre de 2011 con el siguiente fallo:

«Que, ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Banco Santander S.A., contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Nules en fecha ocho de Noviembre de dos mil nueve, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 1550 de 2009, REVOCAMOS la resolución recurrida y DESESTIMAMOS la demanda formulada por Cultivos Energéticos Segarra Valls S.L., Cultivos Energéticos Segarra Fas, S.L. Cultivos Energéticos Ros Mangriñán, S.L., Cultivos Energéticos Giménez Segarra S.L. y Cultivos Energéticos Segarra Arnau S.L. contra Banco Santander SA, entidad ésta a la que absolvemos de las peticiones dirigidas en su contra.

»No hacemos expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias».

QUINTO.- Contra esta sentencia de segunda instancia, y de conformidad con el régimen procesal entonces vigente, por las entidades demandantes se preparó recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, fundado en infracción del art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LDCU), y en infracción de los arts. 60 , 61 , 62 , 64 , 72 , 73 , 74 del Real Decreto 217/2008, de 4 de noviembre (sic), en relación con los arts. 1266 y siguientes del CC, y 79 bis 3 , 4 y 7 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), según redacción dada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Se alegaba:

«la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre la cuestión jurídica resuelta por la sentencia que se pretende recurrir, como es, cuándo el contrato de permuta financiera o SWAP es nulo por vicio en el consentimiento, cuando la información pre contractual al cliente minorista es insuficiente, entendiéndose por tal la mera referencia a haber dado dicha información en el clausulado contractual, y todo ello por aplicación de los artículos referidos; o en contra, considerar que el error excusable y que la referencia en el contrato de que el cliente minorista ha sido informado es suficiente para entender que no ha habido error sobre la sustancia o esencia del contrato».

El recurso se tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 17 de octubre de 2011, en la que se acordó conceder a las recurrentes el plazo de veinte días para la interposición del recurso de casación, y según se solicitaba en el escrito de preparación, librar testimonio de la sentencia recurrida para su entrega a las recurrentes. Esta diligencia de ordenación fue notificada a la contraparte (parte recurrida) por el sistema Lexnet y a la procuradora de las mercantiles recurrentes por medio del servicio de notificaciones del colegio de procuradores, con entrega del testimonio de la sentencia recurrida.

Por decreto de 29 de noviembre de 2011 se acordó declarar desierto el recurso de casación por no haber sido presentado el escrito de interposición en el plazo de veinte días conferido a las recurrentes. Contra este auto se formuló recurso de revisión que fue desestimado por auto de 31 de enero de 2012.

Contra dicho auto se interpuso ante esta sala recurso de queja, que fue estimado por auto de 6 de mayo de 2015 en el que se acordó «continuar el procedimiento por sus trámites otorgando a los recurrentes el plazo legalmente establecido para la interposición del recurso de casación».

Por auto de 2 de marzo de 2016 se denegó la aclaración solicitada por la parte recurrente. En su fundamento jurídico segundo se declaró lo siguiente:

«En la parte dispositiva del auto de estimación de la queja no hay ningún concepto oscuro que deba aclararse; la estimación de la queja -por haberse preparado en plazo- implica que la Audiencia Provincial debe continuar el trámite, según se dice "otorgando a los recurrentes el plazo legalmente establecido para la interposición del recurso de casación", y eso es lo que ya ha sucedido pues, como se ha hecho constar en los antecedentes de esta resolución, el recurso de casación ya ha sido interpuesto y remitidas las actuaciones a esta Sala para continuar su tramitación».



SEXTO.- Con fecha 16 de junio de 2015 se interpuso el recurso de casación previamente preparado. En el escrito de interposición las recurrentes decían ampararse en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC , por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala. El recurso se fundaba en un solo motivo del siguiente tenor literal:

«PRIMERO (único).- Infracción del art. 79 bis, apartados 6 y 7, de la Ley del Mercado de Valores , conforme la redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, e Infracción de los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 de 1.5 de febrero, conforme a la doctrina establecida por el PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO en su Sentencia nº 840/2013, de 20 de enero de 2014, Recurso de Casación 879/2012 , sobre la aplicación de dicha normativa a supuestos como el presente y por tanto, sí era exigible a la entidad bancaria la realización del test de IDONEIDAD.

»En concreto, se solicita se declare vulnerada la doctrina DEL PLENO DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO según la cual *"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 vida el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."* ».

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 22 de noviembre de 2017, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso interesando su desestimación tanto por causas de inadmisión como de fondo, y el dictado de «la resolución más ajustada a Derecho por la que, manteniendo en todo caso la resolución impugnada de contrario, se desestimen las pretensiones de la recurrente y en consecuencia, se confirme la sentencia impugnada en todos sus extremos, con imposición de costas a la recurrente».

OCTAVO.- Por providencia de 28 de febrero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó que el recurso se decidiera por el Pleno de esta Sala, señalándose para su votación y fallo el 14 de marzo siguiente, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuestión jurídica planteada en el recurso

El presente litigio versa principalmente sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de cinco contratos de permuta financiera (*swaps*) de tipos de interés celebrados por otras tantas sociedades mercantiles con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

La cuestión jurídica que plantea el recurso consiste, esencialmente, en si el error queda o no excluido por la práctica del test de conveniencia y la firma de un documento en el que se dice que el cliente ha sido informado de que la operación no es conveniente y, pese a ello, decide formalizarla.

SEGUNDO.- Antecedentes del recurso

1.- Cada una de las sociedades mercantiles hoy recurrentes (Cultivos Energéticos Segarra Valls S.L., -en adelante CESV-, Cultivos Energéticos Giménez Segarra S.L., -en adelante CEGS-, Cultivos Energéticos Segarra Arnau S.L., -en adelante CESA-, Cultivos Energéticos Segarra Fas S.L. - en adelante CESF- y Cultivos Energéticos Ros Mangriñán S.L. - en adelante CERM-), constituidas en febrero de 2008 y dedicadas al mismo objeto de promoción, construcción y explotación de plantas fotovoltaicas, suscribió con Banco Santander S.A., hoy parte recurrida, un «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (CMOF) y, en el seno del mismo, un contrato de «confirmación» de operación tipo *swap* o permuta financiera de tipos de interés («Swap Flotante Bonificado»), con un nominal de 600.000 euros, fecha de inicio el 2 de junio de 2008 y fecha de vencimiento el 2 de junio de 2010 (salvo CERM, para la que se estableció como fecha de vencimiento el 26 de mayo de 2010). Las cinco operaciones, acreditadas en virtud de los docs. 12 a 16 -contratos CMOF- y 17 a 21 -las confirmaciones - de la demanda, se suscribieron el 27 de mayo de 2008 (salvo CERM, que firmó el día 20).

Con la documentación contractual se acompañó un «Anexo: funcionamiento swap flotante bonificado» en el que se hizo constar que las partes podrían acordar la cancelación anticipada, pero soportando los costes que resultaran «a precios de mercado».



El mismo día de la firma de los contratos (o unos pocos días antes en el caso de dos de las referidas sociedades) se realizaron los respectivos test de conveniencia MiFID, con unos mismos resultados de antigüedad de la empresa inferior a un año, tamaño, volumen de negocios neto inferior a 0#5 MM, antigüedad inferior a un año como cliente del banco, falta de especialistas o departamento especializado en instrumentos y mercados financieros, falta de familiaridad con servicios, operaciones e instrumentos financieros y, por último, a la pregunta «6.- ¿Con qué frecuencia opera sobre instrumentos financieros?», la respuesta «No ha operado desde un plazo >5 años o no tiene».

Todas las sociedades firmaron, por medio de sus representantes, un documento de «cláusulas adicionales» en el que se decía que «cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta Operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo», así como que «el cliente declara que ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume en la realización de esta operación, atendiendo al instrumento financiero sobre el que recae y que, una vez realizado su propio análisis, decide formalizarla».

Finalmente, el párrafo último del documento rezaba así:

«El Cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa».

2.- En ejecución de estas operaciones y a partir del segundo año de vigencia (2009) se giraron liquidaciones negativas por un importe total de 11.335,36 euros para cada una de las sociedades (con excepción de CERM, cuyo importe total fue de 10.429,16 euros).

3.- El 23 de septiembre de 2009 las citadas sociedades demandaron a la referida entidad financiera solicitando, con carácter principal, la nulidad por error en el consentimiento de los contratos suscritos por cada una de ellas con recíproca restitución de prestaciones y, como consecuencia, la condena de la demandada al pago de la diferencia entre las liquidaciones positivas y negativas practicadas (lo que se calculaba en 11.030,36 euros en todos los casos a excepción de CERM, para la que se calculaba en 10.122,49 euros), más intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de inicio de dichas operaciones, y de las liquidaciones que se siguieran cargando. Subsidiariamente solicitaron la nulidad de las cláusulas novena a decimocuarta incluidas en los CMOF, con el fin de que cada demandante pudiera cancelar dichos contratos sin coste, la nulidad del tipo fijo, fijándolo o reduciéndolo al 3%, y la nulidad de los importes reflejados en la cláusula que establecía barreras aplicables y tipos CAP, dejándolos o reduciéndolos hasta el 3% el primero y hasta el 5% el segundo.

En síntesis, argumentaban que los *swaps* contratados eran un producto de inversión complejo que el banco les había ofertado como si se tratara de un seguro frente a los riesgos vinculados a los cinco contratos de arrendamiento financiero de planta fotovoltaica (uno por cada demandante) suscritos en esas fechas y, además, incumpliendo los deberes legales en cuanto a la necesidad de informar con detalle tanto sobre las características del producto y sus específicos riesgos -en particular el de sufrir importantes liquidaciones negativas al bajar los tipos- como sobre el coste de cancelación anticipada, sin analizar tampoco si era adecuado a su perfil (habiéndose realizado un test de conveniencia, al amparo de la normativa MiFID, del que resultaba que no era adecuado a su perfil).

4.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que los *swaps* no se habían ofertado como seguros sino como productos financieros de cobertura de tipos; que las demandantes habían sido informadas antes de la firma sobre sus características y riesgos; que fueron conscientes de lo que firmaban, incluido el riesgo que contraían para el caso de escenarios de bajada no moderada de tipos, lo que no era previsible; que la firma, siete días después, de las respectivas confirmaciones, convalidó los «hipotéticos "vicios" en la prestación del consentimiento»; que se les hizo test de conveniencia y se les advirtió de que el producto «resultaba inconveniente», a pesar de lo cual aceptaron suscribirlo, haciéndolo en nombre de cada entidad unas personas «suficientemente versadas»; que las cláusulas de vencimiento no eran imprecisas, pudiendo cancelar los *swaps* anticipadamente en cualquier momento con sujeción a lo pactado; y en fin, que antes de que se giraran las liquidaciones negativas hubo otras positivas que las demandantes no rechazaron, convalidando así los respectivos contratos.

5.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda acogiendo la pretensión principal de nulidad de los referidos contratos y condenó en costas a la demandada. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) no resultaba verosímil que las demandantes hubieran sido las que solicitaron el producto y no el banco quien lo ofertara, dado que aquellas carecían de formación financiera y experiencia en la contratación de productos complejos como los *swaps* ; (ii) según lo que venían resolviendo las Audiencias Provinciales en casos semejantes (se citaba y extractaba la SAP Asturias, de 23 de julio de 2010), la entidad financiera



incumplió sus deberes legales de información porque, a pesar del resultado negativo del «test de idoneidad (test Mifid)» (sic), ofertó a las demandantes un producto de riesgo sin advertirles previamente, mediante una información «completa y detallada», de sus características y riesgos específicos, «especialmente que si los tipos de interés descendían ello podía suponerles la pérdida de cantidades importantes de dinero», ni de la posibilidad de cancelarlo, lo que al momento en que se produjeron las liquidaciones negativas era inviable por las altas comisiones que se debían abonar, todo ello porque de la prueba resultaba que los representantes de las demandantes se limitaron a firmar sin ni siquiera recibir copia de lo que firmaban ni explicación alguna cuando reclamaron tras las primeras liquidaciones negativas; (iii) esa falta de información determinaba la existencia de un error excusable, pues por la naturaleza compleja del producto y la ausencia de conocimientos financieros de los contratantes, en atención a la protección dispensada al minorista por la legislación aplicable (MiFID), era al banco al que incumbía ofrecer esa información y asegurarse de que entendían lo que firmaban, constando, por el contrario, que los representantes de las sociedades demandantes firmaron la documentación contractual sin pararse a leerla y, en todo caso, sin capacidad para entender lo que firmaban aunque lo hubieran leído, dada su complejidad y falta de información previa; y (iv) la nulidad de los contratos por error en el consentimiento comportaba la restitución de las recíprocas prestaciones, lo que se traducía en el derecho de las demandantes a percibir la diferencia entre los abonos hechos por la entidad financiera y los pagos efectuados por aquellas, con los intereses legales reclamados.

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la entidad demandada, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, sin expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el caso debe resolverse conforme al criterio seguido por la propia Audiencia en sentencia n.º 180 de 30 de mayo de 2011 y con arreglo a la normativa aplicable (RD 217/2008), ya que «las mercantiles demandantes son, desde luego, clientes minoristas en el ámbito de regulación a que nos referimos»; (ii) la entidad bancaria no prescindió de evaluar a los clientes ni de hacerles las debidas advertencias en torno al resultado de esa valoración, pues a la vez que se acredita la realización de test de evaluación o «cuestionarios MiFID» en los que se hizo constar que las empresas tenían una antigüedad inferior a un año, que eran clientes con una antigüedad menor a ese año, que su volumen de negocio era inferior a 0,5 millones de euros, que no disponían de asesores, que no estaban familiarizadas con instrumentos financieros y que tampoco habían operado en los últimos cinco años, también consta probado que, «de forma coherente a dicha evaluación», los representantes legales de las demandantes firmaron, con los respectivos contratos, «sendas declaraciones escritas» (folios 294, 302, 310, 318 y 324) en las que admitían haber sido informados por el banco de que se trataba de una operación no conveniente para ellas, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto; (iii) en estas circunstancias, la alegación sobre la existencia de error en el consentimiento no puede sustentarse en que las demandantes depositaron su confianza en la entidad bancaria o en su director, pues esa confianza no las eximía de actuar con la debida diligencia a la hora de verificar previamente lo que firmaban, y si la razón de su error estuvo en que no leyeron lo que firmaban, sería un error no excusable en cuanto «fácilmente superable y sólo achacable a quien lo invoca, que por ello ha de pechar con sus consecuencias», no habiéndose acreditado que mediara dolo o engaño por parte de la entidad bancaria que las condujera a la conclusión del negocio; y (iv) rechazada la pretensión principal también deben rechazarse las subsidiarias porque, en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, de ella no resulta ningún desequilibrio para una de las partes, ya que ambas podían promoverlo, y ni siquiera el banco se reserva en exclusiva la función de liquidar (lo que se contempla es que los cálculos los haga la parte que haya cumplido), y en cuanto a las «barreras aplicables» no cabe que se pueda interesar su nulidad con arreglo a la LCGC y LDCU por quienes, como es el caso de las demandantes, no tienen «la condición legal de consumidores».

7.- Contra dicha sentencia las demandantes-apeladas prepararon recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, fundado en infracción del art. 3 LDCU, de los arts. 60, 61, 62, 64, 72, 73, 74 del RD 217/2008, en relación con los arts. 1266 y siguientes del CC, y 79 bis, apdos. 3, 4 y 7, LMV según redacción dada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, aduciendo respecto de esto último, en síntesis, que la cuestión jurídica controvertida radicaba en la disparidad de criterios de las Audiencias en torno a la suficiencia de la información contractual.

8.- Declarado desierto el recurso, por auto de 6 de mayo de 2015 se estimó el recurso de queja interpuesto por las mercantiles recurrentes en casación y, en consecuencia, se dejó sin efecto la declaración de desierto y se acordó continuar el trámite correspondiente, otorgando a las recurrentes el plazo legalmente establecido para la interposición del recurso de casación.

9.- El recurso de casación se interpuso finalmente el 16 de junio de 2015.

TERCERO.- *Motivo del recurso de casación y oposición de la parte demandada-recorrida*



El recurso se compone de un solo motivo, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, y fundado en infracción de los arts. 79 bis, apdos. 6 y 7, LMV, según la redacción dada por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y 72 y 74 del RD 217/2008, de 15 de febrero, en relación con la doctrina fijada por la sentencia del pleno de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, fundamentalmente, según se aduce, en cuanto a la exigibilidad de información y del test de idoneidad en un caso como este.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que no se pretende alterar los hechos probados sino revisar su valoración jurídica, lo que es posible en casación (cita y extracta la sentencia de 21 de noviembre de 2012); (ii) que se discrepa de la conclusión jurídica del tribunal sentenciador de que hubo suficiente información por parte del banco demandado al hacer el test de conveniencia a cada uno de los administradores de las hoy recurrentes, por oponerse a la conclusión contraria de la sentencia de primera instancia, que reprochó al banco que no hubiera informado con antelación, de forma adecuada y suficiente, incluso con «supuestos prácticos», sobre los concretos riesgos que representaba el producto para el caso de que los tipos fluctuaran, especialmente en caso de bajada; (iii) que tampoco hubo reciprocidad en las prestaciones de ambas partes, pues para que hubiera alguna posibilidad de beneficio para los clientes el euríbor a tres meses debía ser «ampliamente superior al 6,39%, hecho que es absolutamente improbable»; (iv) que según la jurisprudencia puede haber error incluso a pesar de que haya habido información, porque lo que vicia el consentimiento es la falta de conocimiento del producto y de los riesgos asociados al mismo (se citan las sentencias de 29 de octubre de 2013, 41/2014, de 17 de febrero, y 840/2013, de 20 de enero de 2014), tal y como ocurrió en este caso por falta de información precontractual; (v) que acreditada la falta de información previa y la falta de conocimiento del producto y de sus riesgos por parte de las recurrentes, ha de añadirse que por la parte demandada no se hizo el test de idoneidad sino únicamente el de conveniencia, del que resultaba que el producto no era conveniente para las sociedades recurrentes, constituyendo doctrina jurisprudencial a este respecto que los test de conveniencia e idoneidad no son lo mismo y que este último, más exigente, es el que debe hacerse cuando, como fue el caso, la entidad financiera ha prestado servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras (se cita y extracta nuevamente la sentencia del pleno 840/2013), y entendiéndose el TJUE por asesoramiento cualquier recomendación de suscribir un *swap* «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»; y (vi) que, acreditadas la insuficiencia de la información precontractual y la falta de test de idoneidad, esa misma doctrina de la citada sentencia de pleno afirma que en tales circunstancias cabe apreciar un consentimiento viciado por error esencial y excusable a causa del desconocimiento de los concretos riesgos asociados al producto.

El recurso termina solicitando la revocación de la sentencia recurrida para «establecer en su lugar que la ausencia de formalización del test de idoneidad, en el presente caso, sumado a la falta de información anterior a la formalización del contrato, determina la anulabilidad del contrato, por existencia de error en el consentimiento».

En trámite de oposición la entidad financiera ha interesado la desestimación del recurso tanto por causas de inadmisión como de fondo. En cuanto a las primeras alega, en síntesis, que el escrito de interposición no cumple los requisitos del art. 477.1 LEC en relación con el art. 483.2.2.º LEC, al no precisar la parte recurrente en qué consiste la infracción que se denuncia, y, además, que el motivo carece de interés casacional (lo que determinaría la concurrencia de la causa de inadmisión del art. 483.2.3.º en relación con 477.3 LEC, si bien también alude al 483.2.4.º LEC), toda vez que la sentencia recurrida es plenamente conforme con la doctrina de la sentencia de pleno 840/2013 en cuanto a las consecuencias de la omisión del test de idoneidad porque, contrariamente a lo que se alega, esta sentencia no equipara ausencia de test con padecimiento de error, sino que considera que la omisión del test solo permite presumir el error, lo que elimina cualquier automatismo y obliga a valorar otras circunstancias o factores. En cuanto al fondo alega, en síntesis, que el recurso carece de fundamento en atención a la base fáctica de la sentencia recurrida, no revisable en casación, según la cual «la entidad bancaria no prescindió ni de la evaluación de los clientes ni de hacer las advertencias consiguientes a dicha valoración. Los llamados test de evaluación obran en autos», test que fue el de conveniencia por ser el único exigible por la normativa de aplicación dado que no realizó un servicio de asesoramiento ni se trataba de un producto que lo requiriera en materia de inversiones o gestión de carteras según el art. 79 bis 6 LMV.

CUARTO.- Admisibilidad del recurso

No se aprecian los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida, porque el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional.

En este sentido, en línea con la sentencia 416/2017, de 29 de junio, entre las más recientes, se observa que en el recurso se citan como infringidas las normas pertinentes de la LMV y del RD 217/2008, también citadas en su preparación; que se cita la sentencia de esta sala más relevante sobre la materia cuando se



interpuso el recurso -la cual, poniendo fin a la contradicción que hasta entonces existía entre las Audiencias Provinciales, fijó una jurisprudencia que ha sido luego reiterada en innumerables ocasiones por esta sala-; y en fin, que respetándose sustancialmente los hechos que la sentencia impugnada declara probados, se plantea una cuestión netamente jurídica sobre la relevancia que tiene, para poder excluir la existencia de error en el consentimiento, la información contractual, en particular la firma de una declaración aceptando contratar el producto, pese a no ser conveniente, tras haberse realizado el test de conveniencia aunque no el de idoneidad.

QUINTO.- *Decisión de la sala: estimación del motivo por incumplimiento de los deberes de información*

El motivo único del recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Como no se ha acreditado en la instancia que las demandantes tuvieran la condición de inversor profesional, deben ser consideradas minoristas conforme al art. 79 LMV (sentencia 641/2017, de 24 de noviembre , entre las más recientes).

Además, las cinco permutas financieras (entendiendo por tales los cinco contratos marco y las cinco confirmaciones) fueron concertadas en mayo de 2008, cuando ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó la normativa MiFID al Derecho español (sentencias 641/2017, de 24 de noviembre , y 37/2018, de 24 de enero , entre otras).

2.ª) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (citada por la recurrente), sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de *swap*, y en particular, como es el caso, de contratos posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (entre las más recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero , 10/2017, de 13 de enero , 131/2017, de 27 de febrero , 179/2017, de 13 de marzo , 243/2017, de 20 de abril , 244/2017, de 20 de abril , 425/2017, de 6 de julio , 591/2017, de 7 de noviembre , 641/2017, de 24 de noviembre , y 37/2018, de 24 de enero), la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable.

3.ª) Según esta doctrina:

«Solo cuando la sentencia recurrida declare probado que el banco suministró información suficiente y, por tanto, que no incumplió sus deberes legales de información, no es posible en casación fundar en tal incumplimiento la existencia de error vicio (sentencia 24/2017, de 18 de enero , citada por la 277/2017, de 9 de mayo). Ello es así porque "aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa pre-MiFID y MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados que no pueden ser alterados"» (sentencia 425/2017, de 6 de julio).

4.ª) La argumentación de la sentencia recurrida para no apreciar el error en el consentimiento, que integra su razón decisoria al respecto, no parte de la existencia de hechos de los que deduzca el cumplimiento de esos deberes de información, sino, en palabras de la sentencia 591/2017, de 7 de noviembre , «de una concepción del alcance de estos deberes y de la conducta del cliente en la contratación que contradice la jurisprudencia de esta sala».

A este respecto es determinante lo que declaró probado la sentencia de primera instancia en comparación con lo que, sin rectificar esos hechos probados, razona la sentencia recurrida.

Así, la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho tercero, pág. 12) llegó a la conclusión de que el banco incumplió los deberes legales que le imponían ofrecer una información adecuada y suficiente, con la debida antelación, sobre las características de la operación y sus riesgos -en especial para el caso de que se produjera una importante bajada de tipos-, a partir de hechos concluyentes como que los CMOF y las confirmaciones se firmaron (con excepción de una de las sociedades) el mismo día, 27 de mayo de 2008, en que se firmaron ante notario los arrendamientos financieros para los que debían servir de cobertura; que esa inmediatez llevó a la creencia de que era una especie de seguro; que a esa creencia errónea contribuyó que el banco no ofreciera información precontractual alguna -y menos aún con simulaciones o ejemplos de lo que podría ocurrir en los posibles escenarios- que permitiera a los clientes - carentes de experiencia y conocimientos específicos al respecto- conocer las características y los riesgos del producto que iban a contratar, así como el coste de cancelación anticipada; que los representantes de las mercantiles se limitaron a firmar -es verdad que sin leer los documentos, pero también sin que ni siquiera se les entregara copia de los mismos-; que tampoco el banco les resolvió sus dudas cuando surgieron las primeras liquidaciones negativas en 2009; y en fin, que cuando tomaron conciencia de que les convenía cancelar los *swaps* esta opción resultaba inviable por las altas comisiones que deberían pagar.



En cambio, la sentencia recurrida apoya su conclusión sobre la inexistencia de error excusable únicamente en que el banco evaluó la conveniencia del producto para las citadas sociedades y les hizo a sus representantes las advertencias que resultaban de dicha valoración -esto es, que no era adecuado atendiendo a sus conocimientos y experiencia-, según reflejaba la declaración de conocimiento firmada por los representantes legales de las demandantes (fundamento de derecho tercero, página 12), circunstancias en las que la falta de constancia de que se les entregara determinada documentación informativa no obstaba a la validez y eficacia de los contratos litigiosos por no haber prueba de que hubieran sido firmados mediante engaño o dolo.

Por tanto, la motivación de la sentencia recurrida no refleja el cumplimiento por la entidad financiera de sus deberes legales de información en los términos exigidos por esta sala, sino únicamente que en todos los casos el *swap* fue suscrito a propuesta de la entidad bancaria sin que esta hiciera, con la debida antelación, un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de cada cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su situación económica y perfil inversor, y sin que tampoco ofreciera una información comprensible y adecuada, con la misma debida antelación y más allá de una «mera ilustración sobre lo obvio», sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, como la posibilidad de que se generasen importantes pérdidas patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos de interés o la necesidad de afrontar un importante coste en caso de cancelación anticipada, careciendo como carecían los representantes de las sociedades contratantes de experiencia previa y de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del *swap*.

Resulta, así, que no se entregó documentación con información precontractual y que la única información recibida por las demandantes, a través de sus respectivos administradores, fue la que resultaba de la documentación contractual que se les puso a disposición simultáneamente a su firma, lo que esta sala viene considerando insuficiente aun en los casos de alguna antelación no significativa (en este sentido, sentencia 425/2017, de 6 de julio). Esta falta de información precontractual, extensible al coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, ya que la mera referencia documental («Anexo») a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se considera insuficiente por esta sala (p.ej. sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril).

También afirma la jurisprudencia que la obligación de la entidad bancaria es activa y no de mera disponibilidad (entre las más recientes, sentencias 37/2018, de 24 de enero, y 30/2018, de 22 de enero), que por ello la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 676/2015, de 30 de noviembre, citadas por las más recientes 7/2017, de 12 de enero, 143/2017, de 1 de marzo, 163/2017, de 8 de marzo, 425/2017, de 6 de julio, y 30/2018, de 22 de enero) y, en fin, que dicha obligación ha de ser cumplida con antelación suficiente a la firma del contrato y no puede suponer una mera información sobre lo obvio (sentencias, p. ej., 138/2018, de 13 de marzo, 425/2017, de 6 de julio, y 415/2017, de 29 de junio).

En consecuencia, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala al prescindir de la importancia crucial de la información previa sobre los concretos riesgos de los *swaps* para, en cambio, poner el acento en la práctica del test de conveniencia y la firma prácticamente simultánea de un documento estereotipado y predispuesto por el banco que, además de algún contenido en sí mismo absurdo (la declaración de que ninguna de las partes había asesorado a la otra, como si las demandantes pudieran asesorar a un gran banco en materia de *swaps*), daba por facilitada la información, pero sin especificar en qué había consistido esta, y constataba que, pese a haber sido informado el cliente de la inconveniencia para él de la operación, decidía formalizarla. En suma, una especie de cláusula predispuesta de exoneración de responsabilidad a modo de salvoconducto para eludir el cumplimiento de estrictos deberes legales.

6.ª) Ante la realidad de tales incumplimientos no cabe oponer:

a) Que el propio contenido del contrato de *swap* suplía la falta de información, pues como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo, luego citada por las sentencias 425/2017, de 6 de julio, y 30/2018, de 22 de enero:

«Para excluir la existencia de error o su carácter excusable no es bastante el mero contenido del contrato, y su lectura por parte del cliente, ni basta una mera ilustración sobre lo obvio (que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial), sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, así como sobre el coste de cancelación.



Es decir, "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" (entre las más recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero , y 149/2017, de 2 de marzo);

b) Que se analizó la conveniencia de la operación, pues siendo un hecho no discutido ni siquiera por el banco que el único test o cuestionario que se practicó fue el de conveniencia («Nombre de cuestionario: Conveniencia para Banca Empresas», subtipo: «Test de conveniencia», folios 296, 304, 312, 319, y 326, aunque en el recurso de apelación alegara confusamente, p. 20, que fue el de idoneidad) simultáneamente a la firma de los contratos en tres de los cinco casos (CERM y CEGS lo hicieron unos pocos días antes), y que se omitió el de idoneidad, es significativo no solo que con arreglo al primero (que mide conocimientos y experiencia) quedara claro que las empresas -de reciente creación, y con un objeto social como el señalado- no tenían ni experiencia previa ni conocimientos específicos en esta materia, sino también que sobre el test de idoneidad (que según la jurisprudencia, por ejemplo sentencias 110/2015, de 26 de febrero , y 37/2018, de 24 de enero , suma al de conveniencia un informe sobre la situación financiera -ingresos, gastos y patrimonio- y los objetivos de inversión - duración prevista, perfil de riesgo, finalidad del cliente- «para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan») la jurisprudencia considera, en contra de lo que opone la recurrida, que sí opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero (entre las más recientes, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre , 589/2016, de 23 de noviembre , 244/2017, de 20 de abril , 425/2017, de 6 de julio , 692/2017, de 20 de diciembre , y 37/2018, de 24 de enero).

7.ª) Como recapitulación de todo lo razonado hasta ahora debe concluirse, en suma, que la práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto como las del presente caso no eximen al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información, la prueba de cuyo cumplimiento en los términos exigidos por la ley, y la jurisprudencia que le complementa incumbe al banco.

SEXTO.- Casación de la sentencia recurrida y confirmación de la de primera instancia

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas por ajustarse al art. 394.1 LEC .

SÉPTIMO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC , la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo, y conforme al art. 398.1 LEC en relación con su art. 394 procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ , procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por las demandantes Cultivos Energéticos Segarra Valls S.L., Cultivos Energéticos Giménez Segarra S.L., Cultivos Energéticos Segarra Arnau S.L., Cultivos Energéticos Segarra Fas S.L. y Cultivos Energéticos Ros Mangriñán S.L. contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2011 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón en el recurso de apelación n.º 258/2011 .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- En su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, Banco Santander S.A., confirmar íntegramente la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2010 por la juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Nules en las actuaciones de juicio ordinario n.º 1550/2009.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la parte demandada-apelante, hoy recurrida, las de la segunda instancia.

5.º- Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso n.º 1952/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con el respeto que me merece el parecer mayoritario de la Sala, expreso brevemente -mediante el presente voto particular- mi discrepancia con la solución jurídica adoptada en el presente caso.

La sentencia de la sala estima el recurso de casación interpuesto por Cultivos Energéticos Segarra Valls S.L., Cultivos Energéticos Giménez Segarra S.L., Cultivos Energéticos Segarra Arnau S.L., Cultivos Energéticos Segarra Fas S.L. y Cultivos Energéticos Ros Mangriçan S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón en el recurso de apelación n.º 258/2011.

Las indicadas sociedades celebraron determinados contratos de permuta financiera, por medio de sus representantes, con Banco Santander S.A., con un documento de «cláusulas adicionales» en el que se decía que «cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo», así como que «el cliente declara que ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume en la realización de esta operación, atendiendo al instrumento financiero sobre el que recae y que, una vez realizado su propio análisis, decide formalizarla». Finalmente, el párrafo último del documento rezaba así: «El Cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa».

SEGUNDO.- Firmada por el cliente dicha declaración, entiendo que la nulidad de los contratos únicamente podría venir dada por el hecho de que la falta de una información previa al cliente -con estricto cumplimiento de las normas aplicables- determinara por sí dicho efecto de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil. También porque las demandantes hubieran sostenido su acción de anulación por error vicio en el hecho de no haber conocido en el momento de la firma la existencia de dicha cláusula y su alcance o, en su caso, por el hecho de haber suscrito el contrato mediando otros vicios del consentimiento distintos del error, como podría haber sido -en hipótesis- la intimidación derivada del hecho de anudar la firma de este contrato a la obtención de crédito o de cualquier clase de financiación que les resultara imprescindible para su negocio; circunstancias que no se dan en el caso.

Al no haber ocurrido así, considero que no cabe la declaración de nulidad por error vicio y que la información dada por la entidad bancaria -inserta en el propio contrato, pero sin posibilidad de dar lugar a equívocos dada su claridad- aunque no se ajustara formalmente a la normativa aplicable, existe y es, además, clara y contundente al advertir al cliente de que el producto no es adecuado ni conveniente para su perfil. De ello se desprende que podría concurrir otro vicio del consentimiento, pero desde luego no el error -mucho menos un error excusable- porque se contrata algo que, según se sostiene ahora, no se sabía en realidad lo que era y respecto de lo que la otra parte está advirtiendo a las demandantes que no le resultaba conveniente.

TERCERO.- El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo de la voluntad interna y que actúa como presupuesto para la realización del negocio de modo que, si no hubiera existido, tal negocio no se habría realizado o se habría concluido de distinto modo. La doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados presupuestos para que el error tenga eficacia invalidante del negocio, de modo que el mismo debe incidir en un elemento que sea básico o esencial. El error que da lugar a la nulidad es el error excusable y, aunque hubiera existido en el caso presente en las demandantes - incluso teniendo en cuenta las especialidades de la contratación bancaria puestas de manifiesto por esta sala en reiterada jurisprudencia- entiendo que en este supuesto no cabría apreciar el requisito de la excusabilidad.

Como señala, entre otras, la sentencia de esta sala núm. 791/2000, de 26 julio «la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente (SS. 4 enero 1982 y 28 septiembre 1996)». Considero que no merece la protección jurídica



pretendida quien contrata en las condiciones en que lo hicieron las demandantes, siendo conscientes de que el producto no era conveniente para ellas.

Es cierto que en la materia en que nos hallamos -contratación de productos bancarios- la exigencia de información está reforzada legalmente, imponiéndose a la entidad bancaria estrictos deberes de información, pero el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales deberes no determina automáticamente la existencia de error en el otro contratante pues su efecto consiste en generar una presunción *iuris tantum* -no *iure et de iure* - de existencia de error invalidante y excusable, siempre sujeta a la posibilidad de una prueba en contrario que acredite que tal error no existió. En el caso presente considero que ha quedado suficientemente acreditado que las entidades demandantes no actuaron por error, sino por otras circunstancias- que no se han puesto de manifiesto en este proceso- que les llevaron a celebrar voluntariamente un contrato en condiciones difícilmente explicables, pero que no puede ser anulado ahora por el hecho de no haber obtenido resultados económicamente favorables.

CUARTO.- Por todo lo anterior, considero que el recurso de casación debió ser desestimado al no poder prosperar el único motivo del mismo, que se fundamenta en la infracción de los artículos 79 bis, apartados 6 y 7, de la Ley de Mercado de Valores, e infracción de los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 febrero, conforme a la doctrina sentada por la sentencia de esta sala núm. 840/2013, de 20 enero 2014 (rec. 879/2012), respecto de la exigencia a la entidad bancaria sobre la realización del test de idoneidad. De conformidad con lo anteriormente razonado sobre el error vicio que invalida el consentimiento, la estimación del motivo carecería de efecto útil en tanto que queda acreditado que incluso en el caso de incumplimiento por la entidad de sus obligaciones, no ha existido en el caso un error que pueda dar lugar a la anulación del contrato.

La desestimación del recurso comportaría la imposición de costas a las recurrentes y la pérdida del depósito constituido.