



Roj: **STS 2794/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2794**

Id Cendoj: **28079110012017100417**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2017**

Nº de Recurso: **1840/2013**

Nº de Resolución: **425/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante Fleca Rosell S.L., representada por la procuradora D.^a Adela Cano Lantero bajo la dirección letrada de D. Santiago Basart Pinatel#li, contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2013 por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 610/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 400/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sant Feliu de Llobregat, sobre nulidad de contrato de permuta financiera y restitución de prestaciones. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa, luego Unnim Banc S.A., y actualmente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Sanz Caballero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de abril de 2011 se presentó demanda interpuesta por Fleca Rosell S.L. contra la Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«Se declare la anulación Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y en Documento de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés, ambos de fecha 29 de julio de 2008, por importe nocional de 300.000 euros, relacionados en el Hecho PRIMERO y aportados como DOC. NÚN UNO y DOS, procediéndose en consecuencia a la anulación de todas liquidaciones practicadas por la demandada en ejecución de dichos contratos, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto a la otra en virtud de los mismos.

»a) Se condene a la demandada a restituir a la actora, cuantos intereses, comisiones, y gastos de cualquier clase, se hayan cargado en cualesquiera de sus cuentas, como consecuencia y/o derivados de los contratos anulados.

»b) Se impongan a la demandada las costas ocasionadas en este procedimiento, en virtud del principio de vencimiento objetivo».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sant Feliu de Llobregat, dando lugar a las actuaciones n.º 400/2011 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 sociedad demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez sustituta del mencionado juzgado dictó sentencia el 19 de marzo de 2012 con el siguiente fallo:



«ESTIMANDO la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a. ÁLVARO FERRER PONS en nombre y representación de FLECA ROSELL S.L. contra UNNIM, DEBO CONDENAR Y CONDENO a CAIXA D' ESTALVIS UNIÓ DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASSA (UNNIM) a estar y pasar por las siguientes declaraciones y condenas:

»- DEBO DECLARAR Y DECLARO la anulación del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) y en "Documento de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés", ambos de fecha 29 de julio de 2008, por importe nominal de 300.000 euros (DOC. NÚM. UNO y DOS de la demanda), procediéndose en consecuencia a la anulación de todas liquidaciones practicadas por la demandada en ejecución de dichos contratos, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto a la otra en virtud de los mismos.

»- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a restituir a la actora cuantos intereses, comisiones y gastos de cualquier clase se hayan cargado en cualesquiera de sus cuentas, como consecuencia y/o derivados de los contratos anulados.

»Todo ello sin especial imposición de costas procesales».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandante y que se tramitó con el n.º 610/2012 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 6 de junio de 2013 con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de Caixa d'Éstalvis Unio de Caixes de Manlleu, Sabadell i Tarrasa, contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Instancia nº 4 de Sant Feliu de Llobregat, en los autos de juicio ordinario 400/2011, de fecha 19 de marzo de 2012, debemos revocar dicha resolución y en su lugar, desestimando la demanda que contra la misma interpuso Fleca Rosell S.L, debemos absolverle de la misma, sin efectuar expresa imposición de costas en ninguna de las dos Instancias».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandante-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de dos motivos con la siguiente formulación:

«Motivo Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, en relación con el artículo 24.1 de la Constitución y los artículos 326.1 en relación con el 319.1, 316 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible.

»Motivo Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC, en cuanto que la Sentencia recurrida infringe el artículo 217 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla, y que se cita en el presente motivo».

El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, se componía de un solo motivo, con la siguiente formulación:

«Motivo Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, por infracción de los artículos 79 bis de la ley del mercado de valores y artículos 60.5 y 64.1 del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre normas de actuación en los mercados de valores, por indebida aplicación, ya que la sentencia recurrida considera cumplidos los deberes de información contenidos en tales preceptos, sin necesidad de informar sobre la previsible evolución de los tipos de interés. Todo ello, en relación con los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil ».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, por auto de 30 de noviembre de 2016 se admitió el recurso de casación y se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, a continuación de lo cual la parte recurrida (ya como BBVA, S.A.) presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso, con imposición de las costas «de la primera instancia a la actora y por mitad las de apelación y casación».

SÉPTIMO.- Por providencia de 12 de junio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 28, en que ha tenido lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de un contrato de permuta financiera (*swap*) de tipos de interés celebrado con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Los antecedentes más relevantes del recurso son los siguientes:

1.- El 29 de julio de 2008, por sugerencia de la entidad financiera, la hoy recurrente, Fleca Rosell, S.L. (en adelante FR), sociedad dedicada a la elaboración y comercialización de pan y derivados de la harina, suscribió con Caixa d'Estavis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa (luego UNNIM Banc Sociedad Anónima Unipersonal, y finalmente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. -BBVA, S.A.-, actual 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, con un nominal de 300.000 euros, fecha de inicio el 31 de julio de 2008 y fecha de vencimiento el 29 de julio de 2011.

2.- En ejecución de esta operación y tras una primera liquidación favorable a la cliente por importe de 273,75 euros (julio de 2009), se giraron importantes liquidaciones negativas para ella (12.000 euros a 31 de julio de 2010).

3.- El 15 de abril de 2011 FR demandó a dicha entidad financiera solicitando la nulidad de ambos contratos (CMOF y confirmación) por error en el consentimiento, con anulación de todas las liquidaciones practicadas y recíproca restitución de prestaciones y, como consecuencia de ello, que se condenase a la demandada al pago de todos los intereses, comisiones y gastos derivados de dichos contratos.

4.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que el *swap* se suscribió para cubrir el riesgo de subida de tipos de interés, estando ligado a las posiciones deudoras de la demandante con dicha entidad, que se le informó de su carácter aleatorio y que la demandante no planteó objeción alguna durante el tiempo en que las liquidaciones fueron positivas.

5.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los referidos contratos con los efectos restitutorios solicitados, pero sin hacer condena en costas. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la versión de los hechos ofrecida por el representante de la demandante, más verosímil que la ofrecida en sentido contrario por un testigo, demostraba que fue la entidad financiera, por propia iniciativa, la que ofertó el producto, sin antes explicar debidamente a la demandante cuáles eran los concretos riesgos que contraía, en particular sin explicarle con la anticipación suficiente «que las liquidaciones negativas serían desproporcionadamente desfavorables y que en cambio las positivas serían menos favorables para el cliente», y tampoco se le explicó «la posibilidad de cancelar el producto y el coste de cancelación»; (ii) el administrador de la sociedad demandante, panadero de profesión, carecía de formación financiera y de experiencia en la contratación de productos complejos como los *swap* ; (iii) en consecuencia, la entidad financiera incumplió sus deberes legales de información, pues tomó la iniciativa ofreciendo un producto de riesgo que generaba un importante desequilibrio a su favor, no se cercioró de cuál era la experiencia inversora del cliente y tampoco le informó, de forma sencilla, individualizada y por anticipado, de los riesgos que asumía (no consta información precontractual, no exhibió el contrato al cliente hasta el mismo momento de su firma y la información que deriva del contrato se limitaban a unas «escasas advertencias» contenidas al final en las cláusulas adicionales de la confirmación); y (iv) el elemento aleatorio propio de esta clase de contratos no puede oponerse como óbice a la apreciación del error.

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la entidad demandada, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, sin hacer expresa condena en costas en ninguna de las dos instancias. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) los hechos probados demuestran que el contrato de confirmación suscrito el 29 de julio de 2008 contenía una cláusula según la cual se afirmaba conocer los riesgos inherentes a la operación, que ese mismo día se hizo test de conveniencia en el que, preguntado el representante de la sociedad demandante sobre el producto en el que quería invertir, contestó que en derivados, coberturas de tipos de interés, que nunca había invertido en el producto pero que lo conocía o había estado familiarizado y que quería garantizar el capital aceptando arriesgar los beneficios para obtener una rentabilidad más aceptable, que en la hoja de compromiso comercial suscrita también en esa fecha consta que la firma del CMOF y de la confirmación exigía la contemplación de los escenarios en función de la evolución de los tipos, que el 31 de julio de 2009 se practicó la primera liquidación, con un saldo positivo para la cliente de 273,75 euros, que cuando contrató el producto litigioso tenía ya otros dos *swaps* , así como preferentes y productos derivados (fondos de inversión y deuda subordinada), siendo el representante de la sociedad demandante administrador y dueño de otras empresas, con diez tiendas en propiedad, 80 o 90 empleados y una facturación de entre 1,5 y 2 millones de euros, y que tuvo el contrato a su disposición quince días antes de la firma; (ii) la válida prestación del consentimiento exige que vaya precedida de la oportuna información sobre el producto, facilitada por el oferente, una empresa que presta servicios de inversión y que



por eso debe someterse a la normativa específica en esta materia; (iii) no procede examinar la abusividad de las cláusulas, dado que es un concepto exclusivo de los contratos en los que interviene un empresario y un consumidor; (iv) aplicando a los hechos probados la doctrina fijada por la propia Audiencia Provincial (se destaca la sentencia de 26 de febrero de 2013, ampliamente extractada), procede descartar la existencia de error excusable, pues el administrador de la demandante, además de ser un empresario experimentado, dueño varias empresas, con muchos empleados e importante facturación, también tenía experiencia previa en la contratación de productos *swaps* similares, así como preferentes y otros derivados, y, por si fuera poco, había tenido el contrato a su disposición quince días antes, de tal modo que, si no lo entendía, bien podía haber pedido explicaciones o haberse asesorado, siendo igualmente relevante que se le ofreciera información previa con hasta ocho escenarios posibles, y que se le hiciera un test (folio 376); (v) no puede aceptarse el reproche que dirige la demandante a la entidad demandada (no en su demanda, pero sí al oponerse al recurso de apelación) sobre la falta de información respecto de la evolución futura de los tipos de interés; y (vi) aunque el *swap* se limita a decir que la cancelación anticipada es posible a precios de mercado, esta información es clara y suficientemente inteligible, dado que no era posible fijar por anticipado dicho precio, por depender de las oscilaciones del euríbor.

7.- La demandante-apelada interpuso contra dicha sentencia recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y recurso extraordinario por infracción procesal, pero este último no fue admitido.

SEGUNDO.- El recurso se compone de un solo motivo, fundado en infracción de los arts. 79 bis LMV, 60.5 y 64.1 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en relación con los arts. 1265 y 1266 CC.

En su desarrollo se aduce, en síntesis, que la sentencia recurrida (se extractan los fundamentos de derecho tercero y cuarto) se apoya en dos argumentos que no se comparten: la «literosuficiencia» de la documentación contractual y la inexistencia de base legal para exigir información sobre la previsible evolución del índice de referencia. Respecto del primer argumento, la recurrente aduce que frente al criterio seguido por la sentencia recurrida, favorable a la «literosuficiencia de la documentación contractual» (criterio que se afirma es también el seguido por las sentencias de la AP Sevilla, sección 8.ª, de 13 de mayo y 17 de junio de 2013, y de la AP Badajoz, 2.ª, de 11 de abril de 2014), existen otras Audiencias que sostienen el criterio contrario, por el que se decanta la recurrente, consistente en considerar que la información a que está obligada la entidad financiera que presta servicios de inversión no puede limitarse a la documentación contractual (sentencias de la AP Barcelona, sección 4.ª, de 9 de noviembre de 2012, y sección 15.ª, de 7 de enero de 2013, y sentencia de la AP Álava, sección 1.ª, de 11 de mayo de 2012). Con respecto al segundo argumento, la recurrente no comparte que la sentencia recurrida excluya que la información deba comprender «la evolución del subyacente que constituye el objeto del contrato», pues, a su juicio, informar sobre un *swap* va más allá de la mera indicación de cuál es el tipo fijo, el tipo barrera o el variable, o la posibilidad de que los tipos oscilen, pues lo esencial, «la información relevante» para el contratante, es la referida a la evolución del subyacente ya que, de lo contrario, el *swap* se convertiría en una simple apuesta, no basada en previsiones determinadas. Termina solicitando a esta sala que fije doctrina en el sentido de que, según la normativa aplicable que se cita como infringida, la obligación legal de información que pesa sobre las entidades financieras en las permutas tipo *swap* no se agota con la sola documentación contractual sino que debe colmar el deber de protección del inversor minorista, facilitándole toda la información y/o documentación necesaria para que pueda conocer el instrumento que está contratando.

En trámite de oposición la entidad financiera ha interesado la desestimación del recurso. Con apoyo en sentencias de diversas Audiencias Provinciales, incluso de la propia AP Barcelona, contrarias a la apreciación de error vicio en la contratación de productos financieros similares (cuya fundamentación extracta), así como en sentencias de esta sala (sentencia de 21 de diciembre de 2012 sobre los presupuestos que han de concurrir para la apreciación del error), alega, en síntesis: (i) que en casos como este, de clientes minoristas no consumidores, no se puede aceptar que la información contractual sea insuficiente cuando su mera lectura permite excluir que se tratase de un seguro y percibir los riesgos que se asumen; (ii) que en todo caso, la recurrente no actuó diligentemente al no recabar aclaraciones oportunas ni buscar asesoramiento si entendía que la ofrecida era oscura o insuficiente; (iii) que el mero incumplimiento de deberes informativos de naturaleza administrativa no se traduce en error en el consentimiento que invalide el contrato, ya que cada parte jugó sus cartas, sin que se haya probado que la ventaja de la entidad financiera derivase del aprovechamiento de una información privilegiada que desequilibrara el juego aleatorio del producto en el mercado; (iv) que también se viene excluyendo la existencia de error cuando, como ha sido el caso, la cliente tenía ya conocimiento previo del producto y había contratado otros similares; y (v), que según la doctrina de esta sala, la discordancia entre la realidad contratada y la imaginada por la cliente minorista no puede imputarse a la entidad financiera, no concurriendo los requisitos que la jurisprudencia exige para la apreciación del error en el consentimiento.



TERCERO.- El motivo, y por tanto el recurso, ha de ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, 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, y 244/2017, de 20 de abril), 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 en 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.

2.ª) 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».

3.ª) En síntesis, la sentencia recurrida declara probado que la sociedad demandante estuvo representada por su administrador, que tenía experiencia empresarial y en la contratación de productos financieros similares (además de *swaps*, preferentes y derivados), que dicho administrador tuvo a su disposición el contrato durante quince días antes de firmarlo, que lo leyó aunque no lo entendió, que no pidió ninguna aclaración ni buscó asesoramiento, que con la documentación contractual se le ofrecieron los escenarios posibles, con indicación del resultado positivo o negativo que podía derivar de cada uno de ellos, que en el contrato figuraba que la cancelación anticipada se haría a precios de mercado, que también se incluyó una estipulación según la cual las partes decían conocer los riesgos de la operación y, en fin, que se le hizo un test de conveniencia el mismo día en que se firmó el contrato, test en el que el administrador de la demandante manifestó su voluntad de suscribir este tipo de producto para la cobertura de tipos de interés, reconociendo estar familiarizado con él, y asumir los riesgos que entrañaba su contratación.

4.ª) Estos hechos no determinan el cumplimiento por la entidad financiera de sus deberes legales de información. Lo único que demuestran es que el producto 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 la 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, incluyendo el coste de cancelación. Y ante la realidad de tales incumplimientos no cabe oponer que el propio contenido del contrato de *swap* suplía la falta de información (argumento nuclear de la sentencia recurrida que revela el interés casacional del presente recurso), pues como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo (con cita de otras también muy recientes):

«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)».

En efecto, constantemente viene declarando la jurisprudencia que la obligación informativa del banco es activa, no de mera disponibilidad, que ha de ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato y que no puede suponer una mera información sobre lo obvio. En este caso, la información precontractual fue inexistente, pues no existe prueba documental u objetiva de que el banco informara a la cliente con carácter previo a la contratación del *swap* sobre las características del mismo, y en particular sobre los específicos riesgos que llevaba asociado, 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. Los hechos probados permiten concluir que la única información recibida por la demandante, por medio de su administrador, fue la que se le facilitó con la documentación contractual, que esta sala viene considerando insuficiente. Por eso no es determinante que dicha documentación estuviera



en su poder durante quince días antes de firmar, ya que, además de que ni tal circunstancia ni la lectura del contrato excusaban la anterior inactividad de la entidad financiera, la realidad ha demostrado que tampoco su puesta a disposición con esa antelación, sin más explicaciones, evitó que el cliente careciera de la información necesaria sobre las características del producto y sus riesgos en el momento de la firma. Los escenarios a los que se refiere la sentencia recurrida son los mencionados en el anexo sobre el funcionamiento del producto (por lo que tampoco se ha probado la realización previa de simulaciones), y tampoco de ellos se desprende una explicación suficiente que vaya más allá de lo obvio, al quedarse en que el producto podía generar liquidaciones negativas pero sin dar idea del importe de las mismas en cada caso y, por tanto, sin permitir que la demandante pudiera representarse hasta qué punto podía llegar el quebranto económico de producirse una situación alcista prolongada. El test de conveniencia fue simultáneo a la firma del contrato y se omitió el de idoneidad, que opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero, por lo que el banco no pudo cerciorarse, como debía, de que el producto era idóneo para la situación financiera de la cliente y para sus objetivos de inversión (entre las más recientes, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 589/2016, de 23 de noviembre, y 244/2017, de 20 de abril). Tampoco sirve de excusa la inclusión de una cláusula según la cual la cliente manifestaba conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, ya que la jurisprudencia viene considerándola como una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos (en tal sentido, por ejemplo, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril). Finalmente, la omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, pues la mera referencia documental 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 ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, 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).

5.ª) Resultan igualmente contrarias a la jurisprudencia de esta sala las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el perfil de la cliente y su incidencia a la hora de destruir la presunción de error esencial y excusable que deriva del incumplimiento de los deberes legales de información por parte de la entidad financiera (en particular, que su administrador conocía el producto y sus riesgos, dada su experiencia empresarial y su experiencia en la contratación bancaria de productos *swap* y otros similares y que, en todo caso, podía haberse asesorado), pues la doctrina jurisprudencial viene reiterando (entre las más recientes, sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero, y 282/2017, de 10 de mayo) «que ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del *swap* [...]; que en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que 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, y 163/2017, de 8 de marzo); y en fin, que tampoco la previa celebración de contratos de *swap* supone que los clientes conocieran los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales (sentencia 7/2017, de 12 de enero)».

6.ª) Finalmente, la relevancia que la sentencia impugnada atribuye al test de conveniencia que se hizo a la sociedad demandante en la persona de su administrador tiene que ser una relevancia inversa, es decir, en contra de la entidad demandada y a favor del error excusable de la demandante, porque su contenido demuestra que lo que quería contratar la demandante era una cobertura de tipos de interés con total garantía del capital y algo de riesgo únicamente respecto de los beneficios, hasta el punto de manifestar que si el valor de su inversión disminuyera considerablemente de una forma imprevista la cancelaría inmediatamente para no perder más. En definitiva, el resultado del test, que fue «conveniente», no se correspondía con los verdaderos riesgos del *swap* efectivamente contratado ni con el límite de riesgo asumido por la demandante, de suerte que en este caso el test fue más un instrumento de desinformación que de información o, dicho de otra forma, un instrumento de inducción al error más que de exclusión del mismo.

CUARTO.- 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.



QUINTO.- 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.

De conformidad con el 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.

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

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante Fleca Rosell S.L. contra la sentencia dictada el 6 de junio de 2013 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 610/2012 . **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa (luego Unnim Banc S.A., y actualmente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.) contra la sentencia dictada el 19 de marzo de 2012 por la magistrada-juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Barcelona en las actuaciones de juicio ordinario n.º 400/2011, que se confirma íntegramente. **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.