



Roj: **STS 5673/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5673**

Id Cendoj: **28079110012015100720**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2015**

Nº de Recurso: **2238/2012**

Nº de Resolución: **747/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5018/2012,**  
**STS 5673/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por 22 ARROBA SAN CUGAT S.L, representada ante esta Sala por el procurador D. Arturo Romero Ballester, contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2012 por la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 214/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1129/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Rubí sobre nulidad de contrato tipo Swap por error, vicio en el consentimiento. Ha sido parte recurrida BANCO DE SANTANDER, S.A., representado ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .-La procuradora D<sup>a</sup> María Luisa Valero Hernández, en nombre y representación de 22 ARROBA SANT GUGAT, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda, acuerde:

« i.- Declarar la nulidad del contrato de opción de tipo de tipo de interés COLLAR de fecha 20 de mayo de 2008 con motivo de no concurrir el consentimiento de mi mandante.

ii.- Subsidiariamente a lo anterior, y para el caso que se considere que concurre consentimiento, se declare la anulabilidad del referido contrato, por estar dicho consentimiento viciado por dolo.

iii.- Subsidiariamente a lo anterior, declare la anulabilidad del referido contrato, por estar dicho consentimiento viciado por error.

iv.- Subsidiariamente, declare la nulidad de la cláusula que establece el floor y el cap del referido contrato por quebrantar la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones, resultando abusivas en tanto perjudican de manera desproporcionada y no equitativa a mi representada.

v.- Condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

vi.- Condene a la demandada a la restitución de la totalidad de las cantidades liquidadas en virtud del referido contrato más los intereses legales a contar desde la fecha en que dichas cantidades fueron retiradas de la cuenta bancaria de mi representada, así como cualesquiera costes que se hayan podido generar con ocasión de dichos cargos, tal y como se refiere en el cuerpo del presente escrito.

vii.- Condenar a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento.»



**SEGUNDO.-** La demanda fue presentada el 24 de noviembre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Rubí y fue registrada con el núm. 1129/09 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**TERCERO.-** El Procurador D. Jaume Paloma Carretero, en representación de BANCO SANTANDER, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se dicte Sentencia en la que, desestimando la demanda en su integridad, se absuelva a Banco de Santander, S.A. de todos los pedimentos que contra él se formulan, con expresa condena en costas a la actora por su manifiesta temeridad y mala fe».

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Rubí dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO.- QUE ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por 22@Sant Cugat S.L., representado por el Procurador doña María Luisa Valero Hernández frente a Banco de Santander Central Hispano S.A. representada por el Procurador don Jaume Paloma Carretero y en consecuencia: DEBO CONDENAR Y CONDENO a Banco Santander Central Hispano S.A. a restituir a la actora la totalidad de las cantidades liquidadas en virtud del contrato Swap Collar de 20 de mayo de 2008 más los intereses legales a contar desde la fecha en que dichas cantidades fueron retiradas de la cuenta bancaria de la propia actora hasta la fecha de la presente sentencia en la que empezarán a devengarse los intereses previstos en el art. 576 de la L.E.Civil , así como a cualquier coste que se haya generado con ocasión de dichos cargos.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada».

Por auto de fecha 2 de diciembre se rectifica el nombre de la Procuradora referida en la Sentencia anterior, siendo su parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Se rectifica el nombre de la Procuradora en la referida resolución quedando consignado como Procuradora de la parte actora Mónica Llovet Pérez.»

**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BANCO DE SANTANDER, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 214/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 2012 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLO:

1. Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia de instancia.
2. Desestimamos la demanda y absolvemos a Banco de Santander Central Hispano, S.A. de las pretensiones formuladas por 22 Arroba Sant Cugat, S.L., sin hacer pronunciamiento sobre las costas de instancia.
3. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.»

**SEXTO.-** El procurador D. Javier Mundet Salaverria, en representación de 22 ARROBA SANT CUGAT. S.L.z, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

« **Primero.-** Denuncia de la valoración efectuada en la sentencia de la Audiencia Provincial: Error patente e irracionalidad por falta manifiesta de coherencia lógica

**Segundo.-** Denuncia de la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: Inversión indebida de las reglas del *onus probandi*.»

Los motivos del recurso de casación fueron:

« **Primero.-** Sobre la aplicación de legislación sobre el Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008».

**Segundo.-** Sobre la configuración y alcance del deber de información, arts. 79 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores .

**Tercero.-** Sobre el carácter esencial de los motivos por los cuales se fijó el importe nacional y sobre el alcance y objeto del error y el dolo para invalidar el contrato, infracción de los artículos 1.265 , 1.266 y 1.269 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial surgida en relación con dichos preceptos.

**Cuarto.-** Sobre la irreprochabilidad del comportamiento de la entidad bancaria al actuar única y exclusivamente a favor de sus intereses, sobre el conflicto de intereses.»

**SÉPTIMO.-** 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 24 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

LA SALA ACUERDA:

ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de la entidad "22 ARROBA SANT CUGAT, S.L." contra la sentencia dictada, el 10 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 214/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1129/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Rubí».

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

**NOVENO.-** Por providencia de 26 de octubre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 10 de diciembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-Desarrollo del litigio.-

1.- En el año 2006, la compañía mercantil "22 Arroba Sant Cugat, S.L." (conocida abreviadamente como "22@"), tenía proyectada la construcción de un parque de oficinas en San Cugat del Vallés, para cuya financiación contactó, entre otras entidades, con el "Banco Santander, S.A."; a resultas de lo cual, el 21 de noviembre de ese año se concertó con dicha entidad un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 20.000.000 ?.

2.- En el mes de julio de 2007, se celebró entre las mismas partes un nuevo préstamo hipotecario por importe de 50.000.000 ?, con la finalidad de financiar toda la operación y cancelar otro préstamo hipotecario de 20.000.000 ? concertado en abril de 2007 con Caja Castilla-La Mancha. Mientras se tramitaba este segundo préstamo hipotecario y para cubrir necesidades de financiación, "Banco Santander" concedió a "22@" una póliza de crédito por 3.500.000 ?, el 18 de julio de 2007, garantizada con la devolución de IVA a cargo de la AEAT.

3.- El 20 de julio de 2007, las partes suscribieron un swap, con un nominal de 33.200.00 ?, a un tipo fijo del 4,94% referenciado a las subidas o bajadas del Euribor.

4.- Antes del vencimiento del swap, previsto para julio de 2008, y dado que el mismo arrojaba liquidaciones negativas para el cliente por un valor de 1.140.326,86 ?, "Banco Santander" ofreció su cancelación y sustitución por un nuevo producto, denominado "Confirmación de opciones de tipos de interés collar", que se suscribió el 20 de mayo de 2008 y fecha de vencimiento el 22 de mayo de 2012. Su nominal era el mismo del swap, 32.200.000 ?, pero a un tipo *floor* del 4,56% y un tipo *cap* del 6%. En el anexo del contrato, titulado "funcionamiento del producto collar" se afirma que *"este producto es consistente con una visión alcista de los tipos de interés, es decir, con la expectativa de que los tipos de interés se situaran por encima del tipo cap, desestimando, al mismo tiempo, que los tipos vayan a caer por debajo del tipo floor. El riesgo para el cliente es que los tipos de interés bajen por debajo del tipo floor. Las liquidaciones serán tanto más negativas para el cliente cuanto mayor sea la bajada del tipo variable respecto al tipo floor"*.

5.- Tras dos liquidaciones trimestrales neutras, se sucedieron diversas liquidaciones negativas para el cliente, por los siguientes importes: a) febrero de 2009: - 40.618,36 ?; b) mayo 2009: -216.847,64 ?; c) agosto 2009: -287.460,36 ?. Cuando se celebró el juicio en primera instancia, el saldo negativo para el cliente superaba el millón de euros.

6.- El contrato "collar" contenía una previsión sobre la cancelación anticipada del siguiente tenor: *"Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente"*.

7.- En noviembre de 2009, "22 Arroba San Cugat, S.L." presentó demanda de juicio ordinario contra "Banco Santander, S.A.", en la que solicitaba la declaración de nulidad radical del referido contrato "collar" por falta de consentimiento; y subsidiariamente, la nulidad por error-vicio del consentimiento. En ambos casos, que se condenara a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades abonadas por el cliente, más sus intereses legales desde las respectivas fechas de abono.

8.- Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera y tramitado el procedimiento ante el juzgado de 1ª Instancia, éste dictó sentencia en la que consideró que existía vicio del consentimiento y declaró la nulidad del contrato, declarando probado que: (i) El nominal no se fijó en función de un hipotético préstamo hipotecario,



sino en relación con la deuda que mantenía el cliente con otras entidades financieras y se ofreció como un producto de cobertura de riesgo de tipos de interés; (ii) La falta de información sobre la forma de determinación del nominal y sobre las características del contrato vició totalmente el consentimiento del cliente; (iii) pese a que el cliente tenía la consideración de minorista, conforme a la normativa MiFID, no se le ofreció la información necesaria y adecuada sobre el producto, conforme a los artículos 79 y 79 bis LMV; (iv) el contrato se ofreció como cobertura de tipos de interés, sin que constara dicha funcionalidad, puesto que su importe nominal no estaba referenciado a tipo variable ni a un vencimiento superior al del swap.

9.- Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, el mismo fue resuelto por la Audiencia Provincial, que rebatió las conclusiones probatorias de la sentencia de instancia, y en lo que ahora importa, consideró resumidamente: (i) Al contrato litigioso no le es aplicable la normativa del mercado de valores; (ii) El valor nominal del contrato se fijó de mutuo acuerdo por las partes, en función de las necesidades de financiación del cliente; (iii) La empresa demandante no estaba protegida como cliente inversora minorista y no desconocía las reglas y prospectiva del producto; (iv) No se ha acreditado error ni dolo en la contratación; (v) La actora contaba con experiencia financiera, el contrato incluye información suficiente y, en todo caso, podía haber recabado más información. Razones por las cuales, la Audiencia estimó el recurso de apelación formulado por la entidad financiera y desestimó la demanda.

## **SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.-**

### **Primer motivo:**

#### *Planteamiento :*

1.- "22 Arroba San Cugat, S.L." formuló un primer motivo de infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, basado en que las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida eran arbitrarias e irracionales, por falta manifiesta de coherencia lógica.

2.- En concreto, la parte recurrente considera que la Audiencia Provincial incurrió en error respecto de los siguientes aspectos: (i) Que el "collar" sea un instrumento financiero para conseguir liquidez trimestral; (ii) Que se produjera una novación extintiva del swap; (iii) Que el banco ofreciera información sobre el producto antes de su contratación; (iv) Que el flujo de operaciones entre las partes contradijera la supuesta falta de información; (v) Que no sea aplicable la legislación sobre el mercado de valores, al no ser el "collar" un instrumento financiero; (vi) Que la fijación del nominal de 33.200.000 ? tuviera su origen en la póliza de 3.500.000 ? y el crédito hipotecario de 30.000.000 ?; (vii) Que "22@" reconociera en el test preceptivo disponer de especialistas financieros.

#### *Decisión de la Sala :*

1.- Como regla general, en nuestro sistema procesal civil, no es admisible la revisión de la prueba practicada en la instancia por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, como se desprende de la propia enumeración de motivos de recurso contenida en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin perjuicio de lo cual, es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida -la de apelación- de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC, siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE -en este sentido SSTs 101/2011, de 4 de marzo, y 263/2012, de 25 de abril-. No obstante, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por ello, es doctrina jurisprudencial incontrovertida, tal y como recuerda la Sentencia de esta Sala 44/2015, de 17 de febrero, que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad ( Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003, 276/2006, 64/2010 y 138/2014; y de esta Sala 635/2012, de 2 de noviembre, 223/2015, de 29 de abril, y 313/2015, de 21 de mayo, entre otras muchas). En todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la encaminada a fijar los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, como ocurre en el presente caso, en que lo se impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar que el cliente estaba en condiciones de conocer las consecuencias contractuales y económicas del producto financiero contratado y que prestó un consentimiento no viciado por error; lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario.

2.- A partir de tales consideraciones, no cabe apreciar que la sentencia de instancia haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con adecuada explicación



argumental, que existió suficiente información precontractual y que el cliente conocía el producto ofertado, puesto que ya había contratado con anterioridad otro de semejantes características (un swap) y la operación estaba vinculada a otras concertadas con la misma entidad, por lo que formaba parte de un plan más amplio de financiación de sus necesidades empresariales.

Cosa distinta es que todo el análisis probatorio realizado por la Audiencia tenga como referencia la inaplicación de la normativa MiFID (Ley 47/2007 y Real Decreto 217/2008) y, en general, de la legislación de valores, por considerar que no se ajusta a la naturaleza del producto cuya nulidad se pretendía en la demanda. Pero ello podrá discutirse desde un punto de vista jurídico sustantivo, lo que es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo, *"No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial"*.

3.- Por las razones expuestas, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto al resolver el recurso de casación, este primer motivo del extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

### **Segundo motivo :**

#### *Planteamiento :*

Se formula al amparo del art. 469.1.2 LEC, por infracción de las normas de la carga de la prueba, al considerar que la sentencia recurrida desvirtúa el "onus probandi" aplicable a este tipo de contratos, en que legalmente el deber de información viene atribuido a la entidad financiera y no al cliente, por lo que debe ser dicha entidad quien acredite haber satisfecho tal deber normativamente impuesto.

#### *Decisión de la Sala :*

1.- La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia que no se pronuncie sobre las cuestiones controvertidas ("non liquet") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º LEC, al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el mencionado art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia ( Sentencia de esta Sala núm. 244/2013, de 18 de abril, entre otras muchas).

2.- No es esto lo que ha sucedido en este caso, puesto que la sentencia recurrida no aprecia ausencia de prueba, sino que, antes al contrario, partiendo de los hechos que estima probados, considera que la demandante recibió información suficiente sobre el funcionamiento de los productos financieros contratados y, en particular, de aquel cuya nulidad pretende; y que, en todo caso, le sería achacable no haber sido más diligente en el conocimiento de las consecuencias que podrían acarrear tales operaciones.

3.- Es cierto que, como hemos dicho al resolver el precedente motivo de impugnación, tales consideraciones están condicionadas por la previa decisión de la sentencia recurrida de no considerar aplicable la normativa sobre valores, pero igualmente hemos de advertir que ello se trata de una cuestión jurídica y no procesal. Razones por las cuales, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas que debamos de hacer al respecto



al resolver el recurso de casación, este segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser desestimado.

### **TERCERO.- Recurso de casación.-**

*Planteamiento :*

El primer motivo se formula al amparo del artículo 477.2.3º LEC , por inaplicación de la legislación sobre el mercado de valores y, en concreto, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión; lo que comporta una infracción de lo dispuesto en los arts. 2 y 63 de la LMV y contravienen la doctrina jurisprudencial en la materia.

*Decisión de la Sala:*

1.- Sobre la naturaleza del producto y la legislación aplicable.-

1.1.- La operación conocida en el ámbito bancario con el anglicismo "collar" es un producto cuya finalidad teórica es acotar un determinado tipo de interés de referencia, durante un período y para un importe principal teórico, dentro de una banda, delimitada por un "techo" ("cap") y un "suelo" ("floor"). Así pues, el "collar" es una modalidad de contrato de permuta de interés, según ha declarado esta Sala en diversas resoluciones (verbigracia, sentencias 535/2015, de 15 de octubre ; y 634/2015, de 10 de noviembre ). A su vez, las distintas figuras de permutas financieras están reconocidas como instrumentos financieros sujetos a la legislación del mercado de valores ( art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ); y la razón de dicho encuadramiento es que los contratos de permuta son instrumentos financieros derivados, porque su precio deriva del valor de otro activo (bonos, divisas, riesgo crediticio o tipos de interés), al que se denomina subyacente.

2.- Sobre la intervención del banco como empresa de servicios de inversión.-

2.1.- Esta cuestión fue dilucidada por la STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11 , Genil 48, S.L., Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., y Bankinter, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.) cuyo fallo estableció:

*El artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19.*

*2) El artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, tal como se define en dicho precepto, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.*

2.2.- En sus fundamentos jurídicos, afirma dicha resolución del TJUE que "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Valoración que debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE , relativa a los mercados de instrumentos financieros ( *Markets in Financial Instruments Directive*; en acrónimo, MiFID ).

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



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

Así pues, el TJUE entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir una permuta financiera, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, *"que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público"* (apartado 55).

2.3.- A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, no cabe duda de que "Banco Santander" llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato "collar" fue ofrecido por la entidad, en el marco de las relaciones contractuales que tenían las partes, referidas fundamentalmente a la financiación de una importante operación inmobiliaria, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de fluctuación al alza de los tipos de interés. Como demuestra la propia definición de la operación que figura en su clausulado: *"este producto es consistente con una visión alcista de los tipos de interés, es decir, con la expectativa de que los tipos de interés se situaran por encima del tipo cap, desestimando, al mismo tiempo, que los tipos vayan a caer por debajo del tipo floor"*. Y dicho servicio de asesoramiento financiero, como hemos visto, está regulado en la Ley del Mercado de Valores y en su normativa de desarrollo, fundamentalmente, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

3.- En consecuencia, en cuanto que la sentencia recurrida no se ajusta a tales previsiones y no aplica la normativa del mercado de valores, debe estimarse el recurso de casación, anulando la sentencia recurrida y asumiendo la instancia este Tribunal.

#### **CUARTO.- Asunción de la instancia y desestimación del recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia dictada en primera instancia.**

1.- Antes de analizar el recurso de apelación formulado por "Banco Santander" contra la sentencia de primera instancia, hemos de partir de la base, como hemos afirmado en otras resoluciones precedentes, de que posiblemente una de las razones por las que los contratos de permuta financiera han adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que la permuta financiera era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro, tanto por la propia dinámica de la operación, como por los costes de su cancelación.

2.- Este estricto deber de información obliga a la entidad financiera, en este caso "Banco Santander", a realizar un juicio de idoneidad del producto, que incluye el contenido del juicio de conveniencia. Y a partir de ahí, suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre el producto, que abarque una advertencia sobre los concretos riesgos que asume, y cerciorarse de que el cliente es capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto es el que más que le conviene.

3.- A esta finalidad responde el conjunto de normas contenido en la Ley del Mercado de Valores, por incorporación a nuestro ordenamiento de la antes citada normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive o Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros), y que incide fundamentalmente en el cumplimiento por las entidades de especiales deberes informativos, para lo que será presupuesto necesario recabar información sobre el propio cliente. La legislación del Mercado de Valores, partiendo del objetivo fundamental de fomentar la transparencia y la información en beneficio de los inversores (o más ampliamente, de los clientes del mercado financiero), distingue entre los clientes minoristas y los clientes profesionales. Conforme al artículo 78 bis 2 de la Ley del Mercado de Valores, clientes profesionales son *«aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos»*, estableciéndose a continuación una serie de presunciones legales de profesionalidad (entidades financieras y empresarios con elevado volumen de negocio), mientras que se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales (art. 78 bis 4). Es más, el cliente minorista no puede libremente renunciar a su clasificación, sino que dispone a estos efectos el art. 79 bis-3 e) LMV que la renuncia queda en todo caso condicionada a que la empresa que preste el servicio de inversión efectúe la adecuada evaluación de la experiencia y conocimientos del cliente en relación con las



operaciones y servicios que solicite, y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprende sus riesgos, e incluso deberá comprobar que se cumplen al menos dos de los requisitos previstos en la norma y que quieren reservar el cambio de calificación del cliente a supuestos de gran capacidad financiera o de acreditada experiencia en este sector. Siendo evidente que el cliente minorista es el que ha de recibir el mayor grado de protección, porque cuenta con menor experiencia y conocimientos del mercado financiero, que le impiden comprender la naturaleza y los riesgos de los mercados, productos y servicios de inversión.

En suma, la normativa contenida en la LMV pretende mejorar la protección del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de sus clientes; proporcionarles información imparcial, clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas.

4.- En desarrollo de las normas contenidas en la LMV, el RD 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión dispone en su art. 73, que las «entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado»; y en su art. 74 que la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá unos datos mínimos relativos al producto financiero, a la experiencia previa del cliente en la contratación en el sector financiero, así como a sus conocimientos sobre el sector, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar, y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes. La normativa del mercado de valores debe integrarse, pues, como supuesto de hecho de la norma privada aplicable, y el incumplimiento de dicha normativa puede comportar la falta de buena fe de la entidad de crédito, la falta de una adecuada información a su cliente, y la creación en éste de un error sobre las características y naturaleza del contrato que motivó su contratación.

5.- Si sometemos el resultado de la prueba practicada a tales estándares, resulta:

a) Se practicó un test de conveniencia a uno de los administradores de la empresa, fechado el 22 de mayo de 2008 (mismo día de la firma del contrato), que por su forma externa parece cumplimentado informáticamente por la propia entidad financiera.

b) No se realizó test de idoneidad.

c) Pese a la literalidad del test de conveniencia, no consta que la empresa hubiera contratado previamente otros derivados financieros, salvo el swap que se canceló al contratar el collar. Lo que sí figura es que había contratado productos bancarios propios de la financiación de su tráfico empresarial (préstamos, pólizas de crédito, descuentos, etc.).

d) Se realizó una hoja de cálculo, en la que consta qué sucedería en trimestres sucesivos si el Euribor se mantuviera en el 4,80%. Sin embargo, no se contiene previsión alguna para el caso de que el Euribor bajara del 4,56% (tipo floor), que era el umbral por debajo del cual las liquidaciones siempre serían negativas; y sobre todo, no se hacía mención alguna a bajadas bruscas y continuadas, como las que hubo a partir de finales de 2008, principios de 2009.

e) Se enviaron al cliente las impresiones en papel de dos presentaciones tipo "power point", fechadas ambas el 17 de julio de 2007. En la primera, con el título "Cobertura de tipo de interés. Swap bonificado reversible media", se afirmaba expresamente (folio 1.531) que "los tipos [de interés] a corto plazo seguirán subiendo" y que (folio 1.532) "los tipos de interés a largo plazo también subirán más". En la segunda, titulada "Swap convertible con diferencial y convertible con cap", se afirmaba (folio 1.542) que "es un producto financiero diseñado para mitigar el riesgo derivado de los movimientos de los tipos de interés de una parte o del total del endeudamiento de la empresa referenciado a tipo de interés variable (Euribor 3m/Euribor 12m), independientemente de la entidad donde tenga la financiación"; así como que "En la alternativa con cap, el tipo fijo inicial resulta más alto pero a cambio el cliente se encuentra protegido ante subidas del Euribor 12m a partir del nivel cap" (folio 1543). Y en la "diapositiva" denominada "Conclusiones" (folio 1.548) se afirmaba textualmente: "Instrumento financiero enfocado a mitigar el riesgo de tipos de interés". "Adecuado si su visión sobre la evolución futura de los Tipos de Interés es de estabilidad o subida moderada". "Por acuerdo entre las partes, se podrá cancelar la operación a precios de mercado".





Es decir, toda la información facilitada al cliente parte de la base de que el producto es adecuado para contrarrestar los riesgos derivados de una subida del Euribor, pero ni siquiera se menciona el riesgo inherente a una bajada.

f) No consta una información detallada sobre los riesgos inherentes al coste de cancelación anticipada, más allá de la advertencia genérica: *"Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente"*. Y ello, pese a que, según la propia empleada de la demanda que declaró en el juicio (Sra. Félez), el coste de cancelación ascendería a 3,5 millones de euros.

g) Los propios empleados del banco confirmaron que se diseñó la operación como un producto de cobertura con posibilidades limitadas de pérdida para el cliente. A sensu contrario, no consta que el cliente fuera informado del grave riesgo patrimonial que corría en caso de bajadas acentuadas del Euribor por debajo del tipo suelo.

h) Si la finalidad de la contratación del collar era paliar o enjugar las importantes pérdidas que ya estaba presentando para el cliente el swap previamente concertado, el banco debía haber extremado sus obligaciones de información, para no reenviar al cliente a otro producto más perjudicial si cabe que el anterior; o que, en todo caso, no iba a cumplir en modo alguno la finalidad de cobertura pretendida.

6.- De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta Sala en materia de permuta financiera (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, 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; y 692/2015, de 10 de diciembre), lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto financiero contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, ya que como dijimos en la citada sentencia del Pleno 840/2013, *"esa ausencia de información permite presumir el error"*. A lo que debe añadirse que el contrato y sus estipulaciones no fueron individualmente negociados, al tratarse de un contrato predispuesto por la oferente con vocación de proyectarlo a una generalidad de clientes (contrato de adhesión); y su clausulado no cumple las especificaciones de claridad y transparencia que exigía ya en su fecha, amén de la normativa MiFID y su trasposición a la legislación nacional, la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Máxime cuando lo determinante 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 actualmente en los artículos 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 217/2008, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que "Banco Santander" 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.

7.- Como recalca la meritada Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014, *"[e]l deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo... conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato"*. Añadiendo que *"[E]n un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía"*.

Aquí se realizó un test de conveniencia estereotipado, en el mismo día de suscripción del contrato y como anexo meramente formal del conjunto documental de la operación; y no se llegó a realizar el test de idoneidad, por lo que difícilmente puede afirmarse que el producto fuera adecuado al perfil del cliente. Parafraseando nuevamente la citada Sentencia, *"[L]a omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo"*. De manera tal que con tan relevantes omisiones, la entidad financiera incumplió su función de prospección del perfil del contratante para evaluar la adecuación del producto financiero a sus condiciones personales y económicas.



8.- Aunque la entidad recurrente lleve razón al afirmar que el contrato litigioso ("collar") tuvo su antecedente en otro contrato previo de swap, al que novó extintivamente, y de ahí provenga la coincidencia del nocional; e incluso compartiendo también que la prueba practicada en la instancia, revisada conforme al artículo 456.1 LEC , no permite afirmar la existencia de dolo, lo cierto es que dicha prueba pone de manifiesto, como se desprende del análisis antes realizado, que la entidad financiera incumplió palmariamente sus obligaciones legales de información y ello indujo a error al cliente sobre dos extremos esenciales: los verdaderos riesgos del producto en caso de bajada de los tipos de interés y el riesgo inherente a un alto coste de cancelación.

En lo relativo al error como vicio del consentimiento, a tenor de los arts. 1.265 y 1.266 CC , no tenemos más que remitirnos nuevamente a la tan citada Sentencia del Pleno de esta Sala de 20 de enero de 2014 , que dice: *"Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación. De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente"* .

9.- De ello cabe concluir las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap. 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos



asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

10.- En atención a todo lo expuesto y en relación con este producto complejo, "Banco Santander, S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente de que contrataba con un cliente minorista. Y no solo no se aseguró de que "22 Arroba San Cugat, S.L." reunía las condiciones precisas para la suscripción del contrato de permuta financiera ("collar"), sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo. Lo que no puede ser compensado (o llenado el vacío informativo) por el simple hecho de que "22 Arroba San Cugat, S.L." hubiera contratado otro producto similar -un swap- o que tuviera concertados otros productos bancarios con la misma y otras entidades, puesto que lo determinante es que el producto le fue ofrecido precisamente como un instrumento de cobertura frente a las oscilaciones al alza de los tipos de interés respecto del total de su endeudamiento financiero y como una mejora frente a los riesgos ya constatados del swap anteriormente suscrito, por la introducción de la acotación suelo-techo propia del "collar".

En consecuencia, dado el completo déficit de información al cliente y la total ausencia de comprobaciones por parte de la entidad financiera sobre la adecuación del producto a su perfil, así como la omisión de una información suficiente sobre los riesgos de que los tipos de interés bajaran por debajo del límite inferior pactado ("floor") y sobre el coste de cancelación del producto, existió un error en el consentimiento de "22 Arroba San Cugat, S.L." que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia.

11.- Respecto de la excusabilidad del error, conforme a reiterada jurisprudencia, cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Además, en este caso, al banco se le imponen específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la Sentencia de 13 de febrero de 2007, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera; incluso podría tener un departamento comercial, pero si su actividad es ajena a la financiera, no presupone un conocimiento avezado de estos productos financieros complejos. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Como afirmamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. 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.

12.- No puede compartirse la afirmación de la recurrente de que el conocimiento y consentimiento del cliente quedara ratificado por sus actos anteriores, en tanto nunca discutió ni formuló reparos u objeciones a las liquidaciones del anterior swap, ni al coste de cancelación. En primer lugar, porque un acto anterior no puede ser confirmatorio de uno posterior, tal y como venimos declarando reiteradamente ante alegaciones semejantes (por todas, sentencia 535/2015, de 15 de octubre); de tal manera que la confirmación de un negocio anulable puede producirse por hechos posteriores a su celebración, pero no por hechos anteriores. Y en segundo término, porque el déficit de información y la inducción al error estuvo precisamente en la génesis del contrato ahora impugnado, puesto que se ofertó como un paliativo ante los riesgos ya constatados en el anterior, sin advertir que precisamente adolecía del mismo problema, que era que las bajadas de tipos de interés podían suponer un importante coste económico para el cliente; y al contrario, se siguió insistiendo sobre la cobertura ante un escenario alcista, sin informar adecuadamente de las consecuencias de unos resultados bajistas.

Asimismo, que el cliente garantizara mediante hipoteca las liquidaciones no supuso confirmación alguna del vicio inicial, puesto que lo hizo dada la experiencia previa que tenía ya con el anterior swap y sus desastrosos resultados para su patrimonio. Y en todo caso, dicha garantía real no operaba en beneficio del cliente, sino



de su acreedor, que es quien era verdaderamente consciente del riesgo, como demuestra que exigiera tal aseguramiento.

13.- Razones por las cuales debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia de primera instancia, que ha de ser confirmada íntegramente.

#### **CUARTO.-Costas y depósitos.-**

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme determina el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Del mismo modo, la estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a "Banco Santander, S.A." las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el artículo 398.2 de la misma Ley .

3. - Procede acordar también la pérdida del depósito constituido para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Y la devolución del constituido para el recurso de casación (apartado 8 de la misma disposición).

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

#### **FALLAMOS**

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil "22 Arroba San Cugat, S.L." contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, en el recurso de apelación núm. 214/11 .

2.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil "22 Arroba San Cugat, S.L." contra la sentencia de 10 de mayo de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, en el recurso de apelación núm. 214/11 .

3.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 208/2010, de 26 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Rubí , en el procedimiento de juicio ordinario núm. 1129/09, que confirmamos íntegramente.

4.- Imponer a "22 Arroba San Cugat, S.L." las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- Imponer a "Banco Santander, S.A." las costas del recurso de apelación.

6.- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

7.- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del realizado para el recurso extraordinario de infracción procesal.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres, firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.