



Roj: **STS 1856/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1856**

Id Cendoj: **28079110012017100276**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2017**

Nº de Recurso: **2017/2014**

Nº de Resolución: **282/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 317/2014,**
STS 1856/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante Colagu S.L., representada por el procurador D. Fernando Anaya García y bajo la dirección letrada de D. Pablo Hernando Lara, contra la sentencia dictada el 5 de mayo de 2014 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos en el recurso de apelación n.º 90/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 908/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Burgos sobre nulidad del contrato de permuta financiera (*swap*) y restitución de prestaciones. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Cesáreo Hidalgo Senén y bajo la dirección letrada de D. Fernando Dancausa Treviño.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de noviembre de 2012 se presentó demanda interpuesta por Colagu S.L. contra Banco Santander S.A. solicitando se dictara sentencia por la que se declarase:

«1º) La nulidad del contrato sobre operaciones financieras otorgado por mi representada y el banco demandado con fecha 16 de mayo de 2006 y de todos los anexos del mismo que se hayan suscrito.

»2º) La nulidad de las liquidaciones practicadas y de las que se practiquen en el futuro por el banco demandado a consecuencia de dicho contrato.

»3º) Que se condene al banco demandado a estar y pasar por dichas declaraciones, a llevar a cabo la regularización que de las mismas resulta, mediante la compensación de las liquidaciones positivas y negativas y a reintegrar a la actora las cantidades que en su caso haya percibido, con los intereses legales devengados por las mismas.

»4º) Que se condene al banco demandado al pago de las costas».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Burgos, dando lugar a las actuaciones n.º 908/2012 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 27 de noviembre de 2013 con el siguiente fallo:

«Que ESTIMANDO COMO ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Teresa Palacios Sáez, actuando en nombre y representación de COLAGU S.L., contra BANCO SANTANDER



representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elena Cobo Guzmán; DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad del contrato sobre operaciones financieras celebrado entre las partes el 16 de mayo de 2006 y de todos los anexos al mismo, con la anulación de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio; y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a la devolución de la diferencia del importe de las liquidaciones a la demandante, cifrado en la cantidad de ciento treinta y seis mil cuatrocientos veintinueve euros (136.429E), a la que se aplicará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

»Y todo ello, con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada Banco Santander S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandante y que se tramitó con el n.º 90/2014 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos, esta dictó sentencia el 5 de mayo de 2014 con el siguiente fallo

«Estimar el recurso de apelación, y con revocación de la sentencia de instancia, se desestima la demanda interpuesta en nombre y representación de COLAGU, S.L., contra BANCO SANTANDER S.A., a quien absolvemos de las pretensiones ejercitadas contra la misma, sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas en ambas instancias».

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

El recurso extraordinario por infracción procesal se fundó en dos motivos con la siguiente formulación:

«PRIMERO.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, al efectuarse en la sentencia recurrida una valoración de la prueba ilógica e irracional radical y evidentemente errónea, con infracción de los arts. 217, 316, 326, 376, 385 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

«SEGUNDO.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española al contener la sentencia una motivación arbitraria e irracional con infracción del artículo 218.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

Por su parte el recurso de casación se fundó en dos motivos con la siguiente formulación:

«PRIMERO.- Al amparo de los artículos 477.2.3 º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por razón de interés casacional, al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la interpretación y aplicación del artículo 1300 Código Civil, en relación con los arts. 1261, 1265 y 1266 del mismo texto legal, y con los artículos 79 de la Ley 24/1988, de Mercado de Valores y 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, que desarrolla la Ley de Mercado de Valores, contemplados todos ellos a la luz de la normativa comunitaria MiFID, la cual se establece en la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros».

«SEGUNDO.- Al amparo de los artículos 477.2.3 º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por razón de interés casacional, al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la interpretación y aplicación del artículo 1300 Código Civil, en relación con los arts. 1261, 1265 y 1266 del mismo texto legal, según la cual el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad financiera afecta a la válida formación del contrato y se configura como un error constitutivo de vicio del consentimiento que determina su nulidad».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, por auto de 21 de diciembre de 2016 se acordó admitir el recurso de casación e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal por carencia manifiesta de fundamento, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso de casación con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 24 de abril 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 día 3 de mayo siguiente, 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 de tipos de interés celebrado con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.



Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 25 de noviembre de 2004 la hoy recurrente Colagu S.L. (en lo sucesivo Colagu), sociedad dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria, suscribió con el Banco Santander Central Hispano, hoy Banco Santander S.A. (actual parte recurrida), un contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

2.- En el seno del mismo y a sugerencia de la entidad financiera, las mismas partes suscribieron el mismo día 25 de noviembre de 2004 un primer contrato de permuta financiera de tipos de interés (*swap*) con un nominal de 6 millones de euros, fecha de inicio el 29 de noviembre de 2004 y fecha de vencimiento el 29 de noviembre de 2006.

Con fecha 16 de mayo de 2005, y por tanto antes de que venciera el primer contrato, las partes suscribieron un segundo contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés denominado «Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears», con el mismo nominal, inicio el 29 de noviembre de 2005 y vencimiento el 29 de noviembre de 2007.

Finalmente, el 16 de mayo de 2006, y por tanto antes de que venciera el anterior, las partes suscribieron un tercer contrato de confirmación de *swap* con la denominación «Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears» (al que se contrae este litigio), con el mismo nominal, fecha de inicio el 29 de noviembre de 2005 y vencimiento el 30 de noviembre de 2009 (doc. 2 de la demanda).

3.- En ejecución de este último contrato se giraron liquidaciones negativas por un importe total de 136.429 euros.

4.- El 27 de noviembre de 2012 Colagu demandó a la referida entidad bancaria solicitando la nulidad del contrato suscrito el 16 de mayo de 2006, de todos sus anexos y de las liquidaciones practicadas o que se tuvieran que practicar a consecuencia del mismo, con restitución recíproca de cantidades más el interés legal. Por escrito de 8 de enero de 2013 (folio 65 de las actuaciones de primera instancia) se fijó la cuantía del procedimiento en 260.000 euros, que fue la que se tomó en consideración en el decreto de admisión de la demanda.

5.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda negando que el consentimiento estuviera viciado. En relación con la cuantía reclamada alegó que, según las conclusiones del informe pericial aportado como doc. 1 de la contestación, la última liquidación negativa, de fecha 30 de noviembre de 2009 y por importe de 219.860 euros, no había sido pagada por Colagu en su totalidad (adeudando 192.587 euros).

6.- En la audiencia previa se fijó el saldo a favor de la parte demandante en la cantidad de 136.429 euros en atención al citado informe pericial (folio 133 de las actuaciones de primera instancia).

7.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de referido contrato, condenando al banco demandado a restituir la referida cantidad, más intereses legales desde la demanda y procesales desde la sentencia, y al pago de las costas procesales. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) pese a ser un producto financiero complejo y no ser claro el contenido del contrato, no constaba que la entidad financiera hubiera explicado el producto al cliente, en particular que le informase de la posibilidad de liquidaciones negativas y del coste de la cancelación anticipada, sin resultar suficiente a tal fin ni la cláusula en la que se decía conocer y aceptar los riesgos inherentes al producto ni los escenarios incluidos en el anexo; (ii) el producto, como los dos anteriores, se comercializó a instancia de la entidad financiera, no habiéndose acreditado por el banco la intervención de empleados con formación específica en este tipo de productos complejos; (iii) la sociedad demandante no tenía la consideración legal de experto financiero, su administrador tenía formación profesional como electricista y carecía de experiencia alguna en la contratación de productos financieros complejos como los *swap* (pues solo había contratado descuentos, hipotecas, préstamos y créditos); (iv) como consecuencia de todo ello, existió error excusable [se usa el término «inexcusable» en sentido impropio] en la prestación del consentimiento por la sociedad demandante.

8.- Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la entidad bancaria demandada, por error en la valoración de la prueba y disconformidad con la cuantía de la condena, reiterando al respecto los argumentos esgrimidos en su contestación sobre la falta de pago íntegro de la última liquidación negativa.

La sentencia de apelación estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) como las conclusiones del informe pericial (folio 133) acerca de que la última liquidación negativa no fue abonada por Colagu en su totalidad no han sido desvirtuadas, si se estimara la demanda las partes deberían compensarse tan solo las liquidaciones positivas y negativas que hubieran sido abonadas, «con reintegración de lo que proceda en su caso, no pudiéndose señalar ninguna cantidad»; (ii) el contrato de *swap* litigioso, de fecha 16 de mayo de 2006 (sujeto por tanto a la normativa pre-MiFID) sustituyó a otros anteriores ampliando su vencimiento y consistió, como aquellos, en un contrato vinculado a



otras operaciones crediticias que Colagu tenía con el banco demandado, por un importe nominal coincidente con el endeudamiento de la cliente, que se ofertó con la finalidad de cubrir el riesgo de subida del tipo de interés; (iii) cuando se contrató el *swap* litigioso este producto era razonable para ese fin, dado que se estaba en un escenario de subidas de tipos de interés y no se ha probado que el banco supiera que estos iban a bajar; (iv) Colagu es una sociedad mercantil, que contrató por medio de su administrador, con experiencia en la gestión empresarial y en el terreno de la contratación bancaria, «al suscribir una diversidad de productos bancarios para financiar empresas y luego suscribir este tipo de productos financieros como cobertura de riesgo de aquellos»; (v) dicha entidad pudo contar con asesoramiento interno (mediante su asesoría contable o fiscal) y externo (mediante una asesoría financiera); (vi) la información contractual fue suficiente, al incluirse en el anexo sobre el funcionamiento del producto una simulación con dos escenarios posibles (folios 42 y 43); (vii) en consecuencia, y como quiera que «los hechos integrantes de la causa de pedir quedan inciertos o dudosos», no puede apreciarse error excusable y deben desestimarse las pretensiones de la demanda «ex art. 217-1 LEC».

9.- La demandante-apelada Colagu interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional, pero únicamente se ha admitido el recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso se compone de dos motivos que guardan estrecha relación entre sí, lo que justifica su examen conjunto.

El motivo primero se funda en infracción de la jurisprudencia de esta sala dictada en aplicación e interpretación de los arts. 1261, 1265, 1266, 1300 CC, del art. 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) y del art. 5 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, normas todas ellas contempladas a la luz de la normativa MiFID.

En su desarrollo se aduce, en síntesis, que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala, fijada en la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (que se extracta), sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento que la normativa impone a las entidades financieras en la contratación de productos financieros como los *swaps*, ya que, aunque el tribunal sentenciador considera que la información ofrecida por el banco demandado fue insuficiente (en el párrafo final del fundamento de derecho cuarto se dice que hubo «déficit informativo»), no obstante concluye que el déficit de información también era imputable al cliente, prescindiendo así del hecho de que no se le informara «sobre los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero».

El motivo segundo se funda también en infracción de los arts. 1261, 1265, 1266 y 1300 CC y de la doctrina de esta sala que los interpreta, según la cual el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria afecta a la válida formación del consentimiento, determinando la existencia de error vicio.

En su desarrollo se alega, en síntesis, y con invocación de la misma sentencia del Pleno de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, que la sentencia recurrida se opone a esta doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento de los deberes legales de información y su incidencia en el error vicio, pues si el banco incumplió estos deberes (la sentencia declaró que hubo déficit de información) solo cabe concluir que el consentimiento estuvo viciado.

En trámite de oposición el banco ha interesado la desestimación del recurso. En relación con el motivo primero ha alegado, en síntesis, que la sentencia de esta sala invocada por la recurrente no resulta de aplicación al caso por referirse a un *swap* regido por la normativa MiFID, que no estaba en vigor cuando se suscribió el *swap* litigioso, y que tampoco es cierto que la sentencia recurrida declare que hubo déficit de información por parte del banco, sino que solo se refiere a dicho déficit como «posible» y para poner de manifiesto que lo relevante es si ese déficit es solo imputable al banco o, como ha sido el caso, también al cliente. En relación con el motivo segundo alega, en síntesis, que la sentencia de 20 de enero de 2014 no es aplicable al caso y, por tanto, que no se pueden extrapolar sus razonamientos por encontrarnos ante un supuesto de hecho distinto, en el que el contratante no es un particular, sino un pequeño empresario que había suscrito antes otros *swaps*, con capacidad de asesoramiento, y en el que el contrato incluía un anexo explicativo sobre el funcionamiento del producto.

TERCERO.- Esta sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de *swaps* de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión.



En casos como el presente en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (entre las más recientes, sentencias 7/2017, de 12 de enero , 10/2017, de 13 de enero , 97/2017, de 15 de febrero , 140/2017, de 1 de marzo , y 163/2017, de 8 de marzo), la citada doctrina, que no es necesario reproducir, declara la nulidad del contrato por concurrencia de error en el consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap* , tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación.

Su aplicación al caso determina la estimación del recurso por las razones siguientes:

1.ª) Pese a las alegaciones en sentido contrario del banco recurrido, en el recurso se justifica suficientemente la existencia de interés casacional. En este sentido, aunque se cita una sola sentencia conteniendo la jurisprudencia que se dice vulnerada, que en efecto recayó en un caso en el que, a diferencia del presente, era de aplicación la normativa MiFID, no se puede obviar, en primer lugar, que se trata de una sentencia de Pleno cuyo criterio jurídico, lejos de haber sido modificado posteriormente, ha sido reiterado por esta sala, particularmente en cuanto a que la falta de información, si bien no determina por sí mismo la existencia de error, sí que permite presumirlo, y, en segundo lugar, que dicha sentencia contiene un criterio de decisión relevante, que por su reiteración es ya doctrina jurisprudencial, para la resolución del litigio atendiendo a la *ratio decidendi* y a los hechos probados (de los que la parte recurrente no se aparta, al discutir únicamente la valoración jurídica de tales hechos) con independencia de que recayera en un caso en que era de aplicación la normativa MiFID, pues contantemente se viene declarando que la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular del nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, lo único que hizo fue acentuar la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, y que «antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras» (por ejemplo, sentencias 97/2017, de 15 de febrero , 140/2017, de 1 de marzo , y 163/2017, de 8 de marzo).

A lo anterior cabe añadir que en el recurso se citan correctamente las normas sustantivas que se consideran infringidas, que atañen directamente al caso en la medida en que el problema jurídico litigioso no es otro que el posible incumplimiento de las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera y su incidencia en el error vicio, especialmente los arts. 1265 , 1266 y 1300 CC .

2.ª) Es cierto que la recurrente parte en su recurso (sobre todo en el motivo primero) de una conclusión jurídica que no se compadece con la razón decisoria. En este sentido, defiende que la sentencia recurrida declara probado (fundamento jurídico cuarto, párrafo final) que hubo «déficit de información» por parte del banco y que, pese a ello, descarta que concurriera error en el consentimiento, por considerar que el cliente también era responsable de esa falta de información. Sin embargo, la razón decisoria y el sentido del fallo no se explican a partir de una frase aislada (en la que además se califica el déficit de información como «posible», y al único fin de explicar que una falta de información por parte de la entidad bancaria no es determinante de error invalidante del contrato cuando la conducta del cliente lo convierte en inexcusable), sino que traen causa del conjunto de razonamientos que evidencian que si el tribunal sentenciador apreció la inexistencia de error fue tras llegar a la convicción de que el banco en ningún caso infringió los deberes de información que le imponían la normativa pre-MiFID. Llegados a este punto, lo relevante es que los argumentos que integran la verdadera razón decisoria de la sentencia impugnada se apartan de la doctrina jurisprudencial antes indicada, citada en el recurso como infringida.

3.ª) Los hechos probados, de los que también en esta materia ha de partirse en casación (sentencias 24/2017, de 18 de enero , 122/2017, de 23 de febrero , y 174/2017, de 13 de marzo), demuestran que la información a la hoy recurrente fue por completo insuficiente. Como indicó la sentencia de primera instancia, dicha información se facilitó por empleados del banco que no se ha demostrado tuvieran conocimientos específicos sobre los *swaps* , pues la entidad financiera no probó que se desplazara a la sucursal de Astorga desde Valladolid la supuesta empleada -que no llegó a identificar- que, según sostenía, sí tenía esos conocimientos, y que había sido la que supuestamente explicó el producto y sus riesgos al Sr. Ismael , por lo que no hay prueba de que la información fuera más allá de la mera entrega de la documentación contractual, habida cuenta de que la propia directora de la sucursal de Astorga, la Sra. Leonor , fue incapaz durante el juicio de dar una explicación del producto que ampliara lo básico o esencial y que permitiera presumir un conocimiento especializado del mismo, de sus riesgos y consecuencias y su explicación con detalle a quien, como se verá, era una persona sin conocimientos financieros suficientes, con formación como electricista, con una asesoría fiscal y contable, no financiera, «que le llevaba los papeles», y una experiencia bancaria limitada a la contratación de operaciones



de crédito dentro del tráfico normal de la empresa. Además, los hechos probados también descartan que se informara del concreto coste de cancelación.

4.ª) Tomando en consideración estos hechos, las conclusiones jurídicas alcanzadas por la sentencia recurrida son contrarias a la doctrina que se dice infringida.

Así, uno de los argumentos de la sentencia es que el contrato litigioso venía acompañado de un anexo explicativo de cuyo tenor se desprendían con claridad los distintos escenarios, pero la realidad es que no iban más allá de una ilustración sobre lo obvio, es decir, la posibilidad de que el producto generara liquidaciones negativas en caso de bajada de tipos. Esto resulta insuficiente a la luz de la doctrina expuesta, según la cual 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).

También argumenta la sentencia recurrida que la cliente no era una persona física sino una sociedad mercantil cuyo administrador tenía sobrada experiencia en la gestión empresarial y en la contratación bancaria, incluyendo otros dos contratos de *swap* suscritos con anterioridad, además de tener a su disposición la posibilidad de buscar asesoramiento experto. Pero estos razonamientos han sido igualmente rechazados por la doctrina jurisprudencial, que constantemente viene diciendo (por ejemplo sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero) 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* (y menos aún cuando, como se ha indicado ya, el administrador tenía estudios de electricidad y la empresa contaba con una asesoría contable y fiscal, pero no financiera ni especializada en la contratación de productos bancarios complejos); 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).

5.ª) En conclusión, partiendo de los hechos probados cabe concluir que la entidad financiera incumplió los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato de *swap*, lo que incide directamente en la concurrencia de la excusabilidad del error.

CUARTO.- En consecuencia, procede estimar el recurso y casar la sentencia recurrida en cuanto no declara la nulidad del contrato por error en el consentimiento.

Asumiendo la instancia esta sala, procede estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en cuanto a que el alcance de los efectos restitutorios no pueden ser los acordados en la sentencia de primera instancia.

En este sentido, el banco demandado-apelante reiteró en apelación lo ya avanzado al contestar a la demanda (hecho segundo, apartado 6, de su escrito de contestación) de que la compensación de liquidaciones positivas y negativas no arrojaba un saldo favorable a la demandante, ni tan siquiera por el importe que concretó en el acto de la audiencia previa (136.429 euros) y que fue objeto de condena, pues la última de las liquidaciones negativas practicadas por el banco, de fecha 30 de noviembre de 2009 y por importe de 219.860 euros, se encontraba parcialmente impagada (siendo la deuda de Colagu de 192.587 euros). Este argumento impugnatorio debe ser acogido porque ambas partes aceptaron las conclusiones del informe pericial de PWC aportado por la demandada, dicho informe sirvió de base a la demandante para reducir su reclamación dineraria inicial, tampoco de lo alegado por Colagu al oponerse al recurso de apelación se desprenden motivos



razonables para no respetar también la conclusión contenida en dicho informe sobre la falta de pago de la última liquidación (pues en su oposición se limitó a indicar que se trataba de una cuestión nueva, lo que ya se ha dicho que no es cierto, y a afirmar estar en disposición de probar el pago íntegro de esa última liquidación, lo que no ha hecho) y, en suma, la recurrente tampoco ha opuesto nada en casación en contra de ese pronunciamiento del tribunal sentenciador (fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida).

Consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación del demandado es la estimación solamente parcial de la demanda y que la nulidad del contrato traiga como efecto que las partes se restituyan recíprocamente las cantidades que efectivamente se hayan abonado, quedando obligado el banco a restituir a la parte demandante-recurrente el saldo que, en su caso, y en virtud de compensar las liquidaciones positivas y negativas, resulte a su favor, incrementado con los correspondientes intereses legales desde la fecha de la demanda.

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 también con el art. 398.2 LEC , al haberse estimado parcialmente el recurso de apelación y la demanda, no procede tampoco imponer las costas de ambas instancias.

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 Colagu S.L. contra la sentencia dictada el 5 de mayo de 2014 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Burgos en el recurso de apelación n.º 90/2014 . **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, estimar solo en parte el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2013 por la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Burgos en las actuaciones de juicio ordinario n.º 908/2012, que se revoca parcialmente, en cuanto a las consecuencias de la recíproca restitución de prestaciones entre las partes, debiéndose estimar parcialmente la demanda en el sentido de condenar a la entidad bancaria demandada al abono del saldo a favor de la demandante que resulte de compensar las liquidaciones positivas y negativas, incrementado con los correspondientes intereses legales desde la fecha de la demanda. **4.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de ambas instancias. **5.º-** Y devolver a la parte 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.