

Roj: **STS 324/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:324**Id Cendoj: **28079110012016100018**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **2862/2012**Nº de Resolución: **31/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 8478/2012,**
STS 324/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por "Clínica Dental Argentina, S.L.", representada ante esta Sala por el procurador D.º Noel Alain de Dorremochea Guiot y asistido por el letrado D.º Javier Delgado Planás, contra la sentencia dictada el cinco de Julio de dos mil doce por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 586/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 87/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona, sobre reclamación de rescisión contractual por vicios del consentimiento. Ha sido parte recurrida "Banco Santander, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D.º Eduardo Codes Feijoo y asistida por el letrado D.º Alberto Gil Maristany.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- El procurador D.º Ivo Ranera Cahis en nombre y representación de "Clínica Dental Argentina, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra el "Banco de Santander Central Hispano, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] resolviendo el contrato objeto de litigio y condenando a ambas partes a la restitución recíproca de las cantidades entregadas a cuenta en virtud del presente contrato».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 25 de enero de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona y fue registrada con el núm. 87/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D.º Ildelfonso Lago Pérez, en representación de "Banco Santander, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte la Sentencia en la que, desestimándola en su integridad, se absuelva a Banco 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, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona, dictó sentencia núm. 15/2011 de fecha diecisiete de enero de dos mil once , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar íntegramente la demanda formulada en su día por CDA, contra SB, con los pronunciamientos siguientes:

»1. Declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera o "swaps" suscritos entre CDA y BS en fechas 11 de octubre de 2006, 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008.



»2. Condenar a la actora CDA a la restitución a BS de la suma de cinco mil ciento dieciocho con diecisiete (-5.118'17.-) Euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo en ejecución de sentencia. Cantidad ésta que devengará también para BS la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 17 de enero de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.

»3. Condenar a la demandada BS a la restitución a CDA de la suma de veinticinco mil quinientos cuarenta y uno con setenta y siete (-25.541'77.-) Euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo, de nuevo, en ejecución de sentencia. Cantidad ésta que devengará también para BS la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incremento en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 17 de enero de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.

»3.(sic) Condenar a la demandada BS al pago de las costas procesales causadas en este pleito».

Con fecha 28 de enero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«S.S^a. Dispone: la aclaración o subsanación y complemento de la sentencia dictada en el presente procedimiento en fecha 17 de enero de 2011 en el sentido siguiente:

»-Respecto de su Fundamento de Derecho Tercero, el mismo deberá quedar como sigue: (...) Procede, por lo tanto, dar lugar a la predicada por la actora nulidad de los contratos controvertidos con fundamento en el error inexcusable sufrido por la misma en la contratación como vicio contractual derivado de una defectuosa información proporcionada por la demanda en contra de la normativa antes citada, procediendo también, como consecuencia legal de ello (artículos 6.3 ° y 1303 del Cc), la restitución por las partes de las prestaciones recibidas y que deberá alcanzar también a cuantas prestaciones se hubieran devengado con causa en los contratos declarados nulos en el ínterin temporal transcurrido desde la interposición de la demanda en adelante (previa su petición y concreción en fase de ejecución de sentencia por la vía del procedimiento previsto en los artículos 712 y concordantes de la LEC). Esto es y al margen de la liquidación que de dichas prestaciones quedará pendiente, deberá CDA restituir también a BS en la suma de -2.118'17.- euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo en ejecución de sentencia y habiéndolo así solicitado la actora, debiendo BS restituir a CDA en la suma de -25.541'77.- euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo, de nuevo, en ejecución de sentencia (no se considera posible su fijación por el momento pese a la liquidación aportada por la demandada como documento número 2 de su contestación, no expresiva del saldo alguno) (...).

»Respecto de Fallo, el mismo deberá quedar como sigue: "(...) Fallo (...) 1. Declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera o "swaps" suscritos entre CDA y BS en fechas 11 de octubre de 2006, 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008. 2. Condenar a la actora CDA a la restitución a BS de la suma de cinco mil ciento dieciocho con diecisiete (-5.118'17.-) Euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo en ejecución de sentencia. Cantidad ésta que devengará también para BS la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 17 de enero de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido. 3. Condenar a la demandada BS a la restitución a CDA de la suma de veinticinco mil quinientos cuarenta y uno con setenta y siete (-25.541'77.-) Euros percibida a resultas de los "swaps" suscritos en fechas 31 de octubre de 2007 y 28 de octubre de 2008 así como la que en su caso resulte del "swap" suscrito el 11 de octubre de 2006, a fijarse dicho saldo, de nuevo, en ejecución de sentencia. Cantidad ésta que devengará también para BS la obligación de pago de un interés anual igual al interés legal del dinero incremento en dos puntos desde la fecha de la presente resolución, 17 de enero de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido. 4. Condenar a la demandada BS a la recíproca restitución de cuantas más prestaciones se hubieran devengado con causa en los contratos declarados nulos en el ínterin temporal transcurrido desde la interposición de la demanda en adelante (previa su petición y concreción en fase de ejecución de sentencia por la vía del procedimiento previsto en los artículos 712 y concordantes de la LEC). 5. Condenar a la demandada BS al pago de las costas procesales causadas en este pleito", debiendo mantenerse el resto de la mencionada resolución en los términos de la misma».

Tramitación en segunda instancia.



QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del "Banco de Santander". La representación de "Clínica Dental Argentina, S.L." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 586/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 516/2012 en fecha cinco de julio de dos mil doce, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander Central Hispano S.A. contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Barcelona, en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma, desestimando la demanda interpuesta por Clínica Dental Argentina, S.L. contra el mencionado banco, con imposición de las costas a la parte actora y sin hacer imposición de las originadas en la alzada.

»Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- El procurador D.º Ivo Ranera Cahis en nombre y representación de "Clínica Dental Argentina, S.L.", interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

« **Primero.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3º, por infracción del art. 79 de la ley de Mercado de Valores según redacción dada por Ley 37/1998 de 16 de noviembre y parcialmente modificado por Ley 44/2002 de 22 de noviembre y el art. 16 del Decreto 629/1993 y por presentar interés casacional por existir abundante jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales en la aplicación de dicha normativa».

« **Segundo.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3º, por presentar interés casacional por existir abundante jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del art. 78, 78 bis, 79 y 79 bis de la ley de Mercado de Valores según redacción dada por Ley 47/2007».

« **Tercero.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3º, por presentar interés casacional por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, existiendo pacífica doctrina del Tribunal Supremo contradictoria de la sentencia recurrida».

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 veinticuatro de junio de dos mil quince, cuya parte dispositiva es como sigue: «1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Clínica Dental Argentina, S.L. contra la sentencia dictada, el 5 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª), en el rollo de apelación nº 586/2011, dimanante del juicio ordinario nº 87/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Barcelona.

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

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

NOVENO.- Por providencia de 30 de noviembre 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 20 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- "Clínica Dental Argentina, S.L." (en lo sucesivo, CDA) es una sociedad que fue constituida en noviembre de 1998 por los cónyuges D. Norberto y Dª Agustina. A través de ella, D. Norberto desarrolló su actividad profesional de odontólogo hasta su jubilación. Tras esta, los socios decidieron realizar a través de la sociedad una actividad inmobiliaria que consistió en la compra y arrendamiento de dos pisos por un importe inferior a 300.000 euros cada uno. D. Norberto falleció en diciembre de 2008 a la edad de 80 años, por lo que quedó



como socia y administradora única su viuda, que fue nombrada como tal administradora en la junta general celebrada el 13 de septiembre de 2009.

2.- " Banco Santander Central Hispano, S.A." (en lo sucesivo, Banco Santander) concedió a CDA el 3 de noviembre de 2005 un "supercrédito continuo patrimonial en cuenta corriente" hasta el límite de 276.000 euros, con un interés del 3,50% nominal para el primer año y el euribor a un año para las siguientes anualidades, y un plazo de tres años de duración prorrogable tácitamente por otros dos. La operación fue afianzada personal y solidariamente por los socios de CDA, y contaba con la garantía hipotecaria constituida sobre una vivienda que era propiedad de la esposa.

3.- En virtud del ofrecimiento hecho por Banco Santander a través de la directora de la sucursal con la que operaba CDA, el 11 de octubre de 2006 ambas entidades concertaron una "permuta financiera de tipos de interés", modalidad denominada 'swap bonificado reversible media', sobre un importe nominal de 500.000 euros y cinco años de duración, fijándose como tipo variable de referencia a pagar trimestralmente por el banco el euribor a 12 meses, mientras que el cliente por su parte debía pagar anualmente bien el tipo fijo establecido (3,93%) en el caso de que el tipo variable medio trimestral sea igual o inferior al tipo barrera knock-in (4,50%), o bien el indicado tipo medio variable si ese tipo medio superase al tipo barrera knock-in.

4.- El 8 de junio de 2007 Banco Santander concedió a CDA un préstamo de 240.000 euros, a devolver mediante cuotas mensuales en 15 años con un interés nominal fijo de 5,22% el primer año y el interés variable los años siguientes (euribor a un año más 0,75 puntos), con la garantía personal solidaria de los socios de CDA y la hipotecaria sobre una vivienda adquirida por la propia prestataria ese mismo día.

5.- A instancias de Banco Santander, CDA suscribió un nuevo contrato de permuta de tipos de interés el 31 de octubre de 2007, que sustituía expresamente al de octubre de 2006. El nominal ascendía a 800.000 euros. Se incrementó el tipo fijo a pagar por CDA, que fue fijado en 4,33%, y el tipo barrera, que fue fijado en 5,75%. Se fijó como tipo de referencia a pagar por Banco Santander el euribor a tres meses y se mantuvo la fecha de vencimiento de la operación para el 7 de noviembre de 2011.

6.- El 28 de octubre de 2008 CDA y Banco Santander firmaron, a instancias del banco y previa realización del test de conveniencia previsto en la normativa MIFID, una nueva permuta de tipos de interés sobre un importe nominal de 500.000 euros y tres años de duración, coincidiendo así con la duración de la permuta de octubre de 2007 a la que se superponía, estableciéndose un tipo fijo del 3,85% y un tipo barrera del 5,05%.

7.- Las liquidaciones periódicas de los mencionados contratos de permuta financiera entre febrero de 2008 y febrero de 2009 devengaron 5.118,17 euros a favor de CDA. Las liquidaciones efectuadas entre abril y noviembre de 2009 devengaron 25.541,77 euros a favor de Banco Santander.

8.- CDA presentó en enero de 2010 una demanda en la que solicitaba la anulación de sucesivos contratos de "permuta financiera de tipos de interés" concertados en octubre de 2006, octubre de 2007 (este en sustitución del anterior) y octubre de 2008 con Banco Santander, por error en la formación de su consentimiento contractual.

9.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que declaró la nulidad de los contratos de swap, pues el específico derecho de información que corresponde a todo cliente bancario que contrata instrumentos financieros complejos como la permuta de tipos de interés no fue satisfecho por Banco Santander, que facilitó una información confusa (la redacción de los contratos es farragosa y de difícil comprensión) e insuficiente, pues remite a contratos-marco que no se acompañan, destacando que difícilmente puede considerarse que el cliente entendiera correctamente lo que contrataba cuando el primer swap contratado fue sustituido por otros cuyas condiciones eran más perjudiciales para el cliente (importes nominales, tipos de interés aplicados y plazos de vigencia), pues carece de toda lógica que CDA estuviera interesada en empeorar las condiciones del primer swap contratado.

Además de ese déficit de información, añade el Juzgado que Banco Santander presentó los swaps ofertados por ella, no solicitados por el cliente bancario, como operaciones dependientes de otras, lo que indujo a ese cliente a aceptarlos en la convicción de que se trataba de una suerte de aseguramiento de las eventuales fluctuaciones al alza del tipo variable de interés convenido en las dos operaciones crediticias ya vigentes entre ambas, por lo que no había de extrañar a CDA la percepción de beneficios en las primeras liquidaciones de los swaps al creer haber contratado un seguro. Banco Santander no valoró adecuadamente la idoneidad y conveniencia de la contratación de swaps por CDA habida cuenta su bajo perfil personal y financiero, ni siquiera tras la realización de un escueto formulario en octubre de 2008 previo a la contratación de la tercera permuta financiera. Por tales razones, el Juzgado consideró que concurría error-vicio invalidante del consentimiento, que justificaba la estimación de la acción de anulación de los tres contratos, y que el efecto restitutorio subsiguiente debía materializarse en la recíproca devolución de lo percibido por cada parte a resultas de cada



uno de ellos, incluido el swap de octubre de 2006, totalmente favorable a CDA, con el interés de la mora procesal desde la fecha de la sentencia y con imposición de las costas al banco demandado.

10.- Banco Santander interpuso recurso de apelación contra la sentencia.

La Audiencia Provincial estimó el recurso. Sin modificar de modo relevante los hechos fijados en la sentencia de primera instancia, los valoró de un modo distinto.

En primer lugar, afirmó que los contratos de swap objeto de la demanda constituían un instrumento financiero derivado que podía considerarse como un producto complejo, al que debía aplicarse la Ley del Mercado de Valores. A los dos primeros, en la redacción vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, así como por el Decreto 629/1993, y el último, en la redacción dada por la Ley 47/2007 que la transpuso, y la normativa de desarrollo (Decreto 217/2008).

La Audiencia, habida cuenta de la condición de comerciante que tiene la sociedad demandante, consideró que no estaba justificado que sus administradores hubieran entendido que estaban contratando un seguro, pues su naturaleza de producto financiero complejo y aleatorio se desprendía de la mera lectura de su clausulado.

Respecto de los dos primeros contratos de swap, la Audiencia consideró que no concurría error-vicio invalidante del consentimiento porque contenían un cuadro con escenarios de los que se desprendía la posibilidad de que las liquidaciones fueran favorables o adversas. También consideró suficiente la información sobre el coste de la cancelación anticipada, cuando se decía que tal cancelación "se realizará a precio de mercado". Tampoco podía exigirse a Banco Santander que informara al cliente sobre la previsión de evolución del euribor a corto y medio plazo. Los administradores de CDA, en atención a la diligencia de ordenado empresario que les es exigible, debieron ponderar los riesgos de las operaciones que suscribían. Dado que los administradores tuvieron oportunidad de leer el contrato, no puede afirmarse que la demandante hubiese formado su voluntad contractual desconociendo la naturaleza y riesgos del producto financiero suscrito.

Respecto del último contrato, la administradora de CDA rellenó el cuestionario del test de conveniencia, en el que se recogía que CDA era cliente de Banco Santander con más de tres años de antigüedad, utilizaba los servicios de asesores externos, y se hallaba familiarizada con estos productos por ser titulares de algunos de ellos, por lo que se le podía reputar dotada de experiencia y conocimientos suficientes para comprender la permuta financiera, dado además que en el contrato se incluían escenarios conforme a los cuales si el euribor subía la liquidación sería favorable al cliente, y si bajaba, al banco.

11.- CDA ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, basado en tres motivos.

SEGUNDO.- Formulación de los motivos del recurso de casación.

1.- El primer motivo del recurso lleva este encabezamiento: «Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3º, por infracción del art. 79 de la ley de Mercado de Valores según redacción dada por Ley 37/1998 de 16 de noviembre y parcialmente modificado por Ley 44/2002 de 22 de noviembre y el art. 16 del Decreto 629/1993 y por presentar interés casacional por existir abundante jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales en la aplicación de dicha normativa».

2.- Los argumentos expuestos por la recurrente son, resumidamente, que la Audiencia infringe los preceptos citados pues exige a Banco Santander solo una obligación genérica de facilitar información, le exime de facilitar información concreta sobre los riesgos de la operación, incluyendo los estudios sobre la previsibilidad de la evolución de los tipos de interés y de los costes de cancelación anticipada, pues considera suficiente la información genérica facilitada, y sin exigir a Banco Santander un esfuerzo adicional de acreditación de la comprensión por el cliente, sin tener en cuenta las características de los clientes, a quien sin embargo sí se le impone un deber de diligencia adicional en la contratación por su condición de entidad mercantil. Se citan numerosas sentencias de Audiencia Provincial que sustentan la tesis de la recurrente.

3.- El epígrafe con que se inicia el segundo motivo del recurso es el siguiente: «Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3º, por presentar interés casacional por existir abundante jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del art. 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la ley de Mercado de Valores según redacción dada por Ley 47/2007».

4.- En el desarrollo de este motivo, y también con transcripción parcial de numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, la recurrente alega, resumidamente, que los nuevos artículos 78 , 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , en la redacción dada por la Ley 47/2007, ha reforzado el nivel de exigencia y diligencia de la entidad financiera en la información a facilitar a sus clientes, sobre todo si tienen la calificación de cliente minorista, sin que el hecho de que el banco cumpla determinados requisitos formales, como fue en este caso la suscripción de un test de conveniencia (que no el de idoneidad) o la inclusión en los contratos de algunos ejemplos abstractos, que se reducen a ilustrar sobre lo obvio, no le exime de dar íntegro cumplimiento al art. 79



bis de la Ley del Mercado de Valores . Lo que pretendía la Directiva MiFID no era que las entidades financieras inundaran de información y papeles al cliente, sino que, por la complejidad del sector en el que se movían, se aseguraban de que el cliente entendía el producto que adquiría y los riesgos que el mismo comportaba.

5.- El tercer y último motivo del recurso lleva por título «[a]l amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 ordinal 3º, por presentar interés casacional por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , existiendo pacífica doctrina del Tribunal Supremo contradictoria de la sentencia recurrida».

6.- En él, enlazando con el contenido de los anteriores motivos, se afirma que el desconocimiento por CDA de los contenidos y riesgos íntegros de los contratos de swap suscritos, como consecuencia de la infracción por Banco Santander de los deberes de información que le imponían los preceptos invocados en los anteriores motivos del recurso, supone la concurrencia de los requisitos exigidos para apreciar error excusable e invalidante en el consentimiento de CDA, que debe determinar la declaración de nulidad de los contratos.

7.- La estrecha conexión existente entre todos los motivos aconseja su resolución conjunta.

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

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 691/2015, de 10 de diciembre , 692/2015, de 10 de diciembre , y 742/2015, de 18 de diciembre , entre otras.

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

2.- Cuando se suscribieron los dos primeros contratos de swap objeto de este recurso, todavía no estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ni el Real Decreto 217/2008, que, por el contrario, sí lo estaban cuando fue suscrito el tercero y último de los contratos cuya nulidad se solicitó en la demanda.

En todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción de los contratos fue ofrecida por el Banco al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia.

3.- El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable a los dos primeros contratos de swap suscritos entre las partes, por razón de sus fechas, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de estos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:



«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]».

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

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

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, concreta que «en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- » a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- » b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- » c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- » d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008 que las entidades financieras «deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que



puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- » a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- » b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- » c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

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

En particular, la sentencia de la Audiencia Provincial consideró suficiente el contenido del propio contrato, que consideraba debía ser entendido por los administradores en virtud del deber de diligencia que a estos impone la normativa societaria, y en concreto los "escenarios" que se indicaban en el anexo, que se limitaban a expresar, de un modo no del todo claro, que si el euríbor subía por encima de determinado límite, las liquidaciones serían positivas para el cliente, y, si bajaban, lo serían para el banco.

6.- Hemos dicho en anteriores resoluciones que 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 en las normas antes transcritas 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 y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

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

En este caso, la "experiencia" del cliente en este tipo de productos financieros que se desprende del test a que fue sometido el cliente y que la Audiencia toma en consideración para excluir la existencia de error, sirve, por el contrario, para confirmar que Banco Santander se limitó a cumplir de modo puramente rituario y formal algunas de las obligaciones de información, pero que el cliente no había comprendido la naturaleza y riesgos del producto, pues de otro modo no se comprendería que el contrato de swap concertado en 2006 fuera cancelado anticipadamente y sustituido en 2007, a instancias de Banco Santander, por otro cuyas condiciones eran más favorables para el banco, puesto que el tipo fijo estipulado era más alto que el del swap de 2006. No se ha justificado la razón por la que CDA habría aceptado la sustitución de un contrato por otro cuyos términos le eran más perjudiciales, de haberle sido explicado adecuadamente uno y otro contrato, ofertados en ambos casos por el banco.

8.- Asimismo la Audiencia Provincial consideró suficiente la propia redacción del contrato, que haría innecesaria cualquier información complementaria, y atribuyó a la representante de CDA la actuación negligente, pues no hubiera incurrido en error si hubiera leído adecuadamente el contrato y hubiera pedido aclaraciones de los extremos que no hubiera comprendido.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia al afirmar que la naturaleza y riesgos del contrato se desprendían de su simple lectura.



Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre). En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. Como afirma la recurrente, 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.

9.- Pese a que el riesgo frente al que pretendía protegerse el cliente al firmar los contratos de swap que le ofreció Bankinter eran los de una subida desproporcionada del tipo de interés de los préstamos hipotecarios a interés variable que habían suscrito, el riesgo que acaeció y que supuso un grave quebranto patrimonial para el cliente fue el de bajada del tipo de interés, puesto que los contratos de swap, en realidad, constituían una apuesta sobre la evolución del euríbor, campo este en el que la información de que disponía Banco Santander era claramente superior a la que tenían el cliente.

En estas circunstancias, no puede aceptarse la afirmación de la sentencia recurrida de que no existió déficit informativo. Banco Santander incumplió sus deberes de información, lo que determinó que mientras el cliente creía asegurarse frente a subidas desorbitadas del euríbor, estaba concertando contratos aleatorios que suponían una apuesta sobre la evolución del euríbor, sobre la que existía una clara asimetría informativa entre el banco y el cliente, y que iba a provocarle graves pérdidas como consecuencia de la bajada del euríbor.

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

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

11.- El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, de una cuantía considerable. Banco Santander tampoco lo hizo, pues los "escenarios" que figuran recogidos en los anexos de los contratos no constituyen una información clara y suficiente sobre este extremo, además de no ser entregada con la antelación suficiente a la concertación del contrato, puesto que se encuentran en el documento contractual. El cliente resultó sorprendido por unas liquidaciones negativas abultadas, en relación con el importe del nominal contratado y con las liquidaciones positivas recibidas durante un breve periodo. Y cuando pretendió cancelar los contratos de swap, se le exigió una abultada cantidad como coste de cancelación.

12.- Sobre este último extremo, también es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso. No es aceptable la afirmación



de la Audiencia de que dicha cancelación «se realizará a precio de mercado», pues, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: quién realiza el cálculo, de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc

13.- En lo relativo a la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

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

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

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

Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, 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 demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

14.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de inversión citados en el recurso (tanto los anteriores como los posteriores a la transposición de la Directiva MiFID), al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banco



Santander a CDA, y que este cliente resultó adecuadamente informado a la vista de su perfil de conocimientos y experiencia, así como el art. 1266 del Código Civil, cuando consideró que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

Las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Banco Santander había cumplido sus obligaciones no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica, que se revela incorrecta por cuanto del relato de la demanda resulta suficientemente claro que Banco Santander no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarse sobre el perfil y las necesidades del cliente, ofertarle el producto acorde con su perfil y sus necesidades, y suministrarle con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

CUARTO .- Costas y depósito.

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las correspondientes al recurso de casación, y que se impongan a Banco Santander las devengadas en el recurso de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por "Clínica Dental Argentina, S.L." contra la sentencia dictada el cinco de Julio de dos mil doce por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 586/2011.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 15/2011 de fecha diecisiete de enero de dos mil once del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona dictada en el juicio ordinario núm. 87/2010, que confirmamos, y condenamos a "Banco Santander, S.A." al pago de las costas del recurso de apelación.

3.- No procede imposición de costas del recurso de casación. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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.