



Roj: **STS 1853/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1853**

Id Cendoj: **28079110012017100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2017**

Nº de Recurso: **971/2014**

Nº de Resolución: **276/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1984/2014,**
STS 1853/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandante Advantia Comunicación Gráfica S.L., representada por el procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio bajo la dirección letrada de D. Pedro López del Pozo, contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2014 por la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 8/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1092/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 96 de Madrid sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Sabadell S.A., representada por la procuradora D.^a Blanca Grande Pesquero bajo la dirección letrada de D. Lino Álvarez Echeverría.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31 de julio de 2012 se presentó demanda interpuesta por Advantia Comunicación Gráfica S.L. (antes Artes Gráficas Luis Pérez S.A.) contra Banco Sabadell Atlántico S.A. solicitando se dictara sentencia por la que:

«se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 27 de noviembre de 2.006 y su producto bancario asociado denominado SWAP CRECIENTE CON BARRERA DESACTIVANTE suscrito entre las partes por error invalidante en el consentimiento y en consecuencia:

»1.- Se declare que las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones

»2.- Se condene a la entidad bancaria al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas previa compensación de las abonadas, como consecuencia de la anulación de los distintos negocios jurídicos surgidos al amparo de la contratación del swap, por la totalidad de sus importes (principal, intereses, comisiones y gastos), más los cargos que pudieran producirse hasta el momento de dictar sentencia, aplicándose lo establecido en el artículo 1303 del CC .

»3.- Condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales y costas».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 96 de Madrid, dando lugar a las actuaciones n.º 1092/2012 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda alegando con carácter «preliminar» la excepción de falta de acción, oponiéndose también en el fondo y solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte demandante.



TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 17 de octubre de 2013 desestimando la demanda e imponiendo las costas a la demandante.

CUARTO.- Interpuesto por la demandante Advantia Comunicación Gráfica S.L. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandada y que se tramitó con el n.º 8/2014 de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 10 de febrero de 2014 desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida, con imposición a la apelante de las costas de la segunda instancia y pérdida del depósito constituido.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandante-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC por interés casacional fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria las de Audiencias Provinciales. El motivo primero y único se introducía con la siguiente formulación:

«Primero.- Recurso de casación por presentar la sentencia de 10 de febrero de 2014 interés casacional, al existir criterios dispares en relación al carácter excusable o no del error en el consentimiento prestado en el momento de la contratación de determinados productos bancarios según se trate de sociedades mercantiles o personas físicas».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 20 de julio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 28 de marzo 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 4 de abril 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 (*swap*) de tipos de interés celebrado con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, si bien en casación la controversia se centra fundamentalmente en determinar si la condición de persona jurídica (sociedad mercantil) de la parte demandante-recurrente debe tener o no la incidencia que le atribuye la sentencia recurrida para descartar el error o calificarlo como inexcusable.

Los antecedentes más relevantes del recurso son los siguientes:

1.- El 31 de julio de 2012 Advantia Comunicación Gráfica S.L. (en adelante Advantia, cuya denominación social hasta mayo de 2010 era Artes Gráficas Luis Pérez, S.A., en adelante AGLP) demandó al Banco Sabadell Atlántico S.A. (en realidad, Banco de Sabadell, S.A., que es la denominación que aparece en el poder notarial aportado al personarse como parte demandada en este litigio, aun cuando en sus comunicaciones usara la denominación Sabadell Atlántico) solicitando la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de fecha 27 de noviembre de 2006 «y de su producto asociado denominado SWAP CRECIENTE CON BARRERA DESACTIVANTE», por error vicio en el consentimiento, y, de conformidad con el art. 1303 CC, la condena del banco demandado a restituir la diferencia entre las cantidades percibidas y las cobradas por la entidad financiera o que se siguieran cobrando hasta el momento de dictar sentencia como consecuencia del *swap* anulado y de los negocios jurídicos surgidos al amparo del mismo, por el total de los importes, incluyendo el principal, más intereses, comisiones y gastos, todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Para fundamentar el error en el consentimiento alegaba, en síntesis y en lo que ahora interesa: (i) que en el año 2006 la demandante había mantenido conversaciones con varias entidades financieras (entre ellas el Banco de Sabadell) para que le financiaran la adquisición de una nave industrial por un importe de 2.230.000 euros; (ii) que finalmente contrató la financiación con La Caixa; (iii) que para cubrir el riesgo de posibles subidas de tipos de interés con relación a dicha operación financiera el banco demandado, por medio del director de la sucursal con la que la demandante mantenía relación (D. Juan Ignacio), le ofreció la suscripción de un contrato de permuta financiera (*swap*) que se le presentó como si fuera un seguro, sin advertirle de los riesgos que entrañaba; (iv) que ignorando dichos riesgos, el demandante decidió suscribir un *swap* de modalidad «creciente con barrera desactivante» y, tras dirigir al banco la correspondiente orden de contratación (doc. 3 de la demanda), firmó seguidamente -27 de noviembre de 2006- el CMOF objeto del presente procedimiento (doc. 2) «para dar "garantía jurídica" a la orden de contratación»; (v) que tras unos primeros años con liquidaciones positivas de escasa cuantía (2.523,44 euros en el año 2007, 5.636,95 euros en 2008 y 5.652,43 euros en el 2009, 13.812,82 euros en total), durante los años 2010 y 2011 recibió liquidaciones desfavorables por elevados



importes (60.729,72 euros y 59.079,21 euros, 119.808,93 euros en total); y (vi) que, en suma, el banco no había cumplido su deber de información en los términos que le exigía la normativa sectorial, al no advertirle con anticipación y de modo suficiente y comprensible sobre la naturaleza, características y altos riesgos del producto contratado ni sobre los costes de cancelación, más aún cuando se trataba de una pequeña empresa familiar dedicada desde 1993 a la actividad de impresión en papel, carente de la menor experiencia en la contratación de productos financieros de este tipo.

En la fundamentación jurídica de la demanda se citaron el art. 4 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, el art. 79 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV), en la redacción anterior a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV y su adaptación a la Directiva MiFID (en lo sucesivo Ley 47/2007), el art. 79 bis LMV tras su reforma por esta última, el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, los arts. 6 y 8 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, los arts. 7, 1265 y 1266 CC (además del 1303 CC citado en las peticiones), los arts. 5.4 y 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, los arts. 10 y 10 bis de la Ley de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios 26/1984, de 19 de julio (en lo sucesivo LGDCU) y la jurisprudencia relacionada.

2.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda alegando (i) falta de acción, porque la de anulabilidad ejercitada se habría extinguido por la válida confirmación del contrato, argumentando al respecto que el contrato estuvo en vigor durante tres años en los que la parte demandante recibió liquidaciones favorables sin manifestar objeción o reparo, y que también actuó mostrando su conformidad una vez que tuvo conocimiento de las liquidaciones negativas, al suscribir un préstamo para hacer frente a su pago y seguir realizando ingresos a cuenta de la deuda generada, y (ii) validez del consentimiento, que no estaba viciado por el error ya que el representante de la demandante asistió a diversas reuniones en las que recibió información sobre el producto, siendo prueba evidente de que estaba suficientemente informado que no fue el banco el que ofertó el producto que finalmente se contrató sino que fue el cliente el que tomó la iniciativa (doc. 3 de la demanda) solicitando la contratación de una modalidad de *swap* distinta de la recomendada, lo que finalmente se materializó en la correspondiente documentación contractual, CMOF y documento de Confirmación (doc. 1 de la contestación) en la que en todo momento se reflejaron las condiciones aplicables a la operación y los supuestos que darían lugar a liquidaciones favorables o adversas, siendo el representante legal de la demandante una persona con capacidad y experiencia suficientes para comprender cuál era el objeto, funcionamiento y riesgos del mismo, de tal manera que, de haber existido error, este sería completamente inexcusable.

3.- La demanda fue desestimada en ambas instancias.

La sentencia de primera instancia concluyó que no hubo falta de información determinante del error vicio y, que, en todo caso, de existir, se trataría de un error inexcusable. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) el contrato objeto de litigio fue suscrito en 2006, por lo que resultaba aplicable al mismo la normativa pre-MiFID; (ii) el interrogatorio de las partes y de los testigos arrojaba versiones contrapuestas respecto de si fue el banco el que ofertó el *swap* o la iniciativa la tomó la propia sociedad demandante, pues mientras el representante legal de esta, Sr. Virgilio (y en su misma línea el comercial Sr. Clemente, que declaró como testigo) sostuvo que fue el director de la sucursal del banco demandado, Sr. Juan Ignacio, quien le ofertó el producto, aprovechando que habían contactado buscando financiación para adquirir una nave industrial (operación de *leasing* que finalmente contrató con La Caixa), por el contrario el Sr. Juan Ignacio sostuvo que fue la mercantil demandante, por medio de su representante legal, la que se interesó por este tipo de producto al objeto de cubrir el riesgo de subidas del tipo de interés, razón por la que se celebraron sucesivas reuniones entre ambas partes, a las que asistió también una mujer en calidad de «experta» en este tipo de productos, en las que el director aseguró que se había ofrecido una información clara, suficiente y comprensible sobre el producto y sus riesgos; (iii) el doc. 3 de la demanda resultaba determinante para otorgar mayor credibilidad a la versión del director de la sucursal bancaria en orden a considerar probado que la parte demandante estaba suficientemente informada del producto que contrataba, pues en dicho documento constaba que fue esta la que solicitó al banco la contratación de un tipo concreto de *swap* por un importe determinado de 2.230.000 euros, durante un plazo de cinco años, al tipo inicial del 3,64%, y con barrera desactivante durante el primer año del 4,39%; (iv) a lo anterior se sumaba que la demandante no había dicho nada durante los tres primeros años, en que las liquidaciones fueron positivas, y que cuando se produjeron las negativas (a partir del cuarto año) no se tomó inmediatamente la decisión de actuar contra el banco, pues pasaron unos meses hasta que la demandante se dirigió, primero, al Servicio de Atención al Cliente del banco -doc. 27- y, luego, al Servicio de Reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) -doc. 30-, llegándose a suscribir un préstamo por importe de 65.000 euros para hacer frente a las liquidaciones negativas y a efectuar diversos ingresos en cuenta para atender la segunda de dichas liquidaciones; y (v) para que el error vicio del consentimiento pueda apreciarse como causa de nulidad es necesario, entre otros requisitos, que sea



excusable, en el sentido de que no pueda ser salvado empleando una diligencia media, lo que no es el caso dado que el cliente era una sociedad mercantil a cuyos administradores se les presume un nivel de formación financiera superior a la de un ciudadano normal.

4.- La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de la sociedad demandante, confirmó la sentencia apelada asumiendo sus fundamentos en lo sustancial. En concreto razona: (i) que no existe error en la valoración probatoria puesto que la sentencia apelada realiza una correcta y adecuada valoración de los distintos medios de prueba, sin que asistan a la parte apelante argumentos para imponer su propia valoración, en particular para negar el valor probatorio que la sentencia recurrida otorga al doc. 3 de la demanda para deducir que se trató de un documento generado y enviado por la propia demandante al banco, y que esto acreditaba que la iniciativa contractual partió de aquella y no de este; (ii) que partiendo del respeto a la valoración probatoria contenida en la sentencia apelada, tampoco existen razones de fondo para apreciar la infracción de la normativa aplicable sobre el error vicio del consentimiento, pues a diferencia de la contratación por particulares de este tipo de productos, cuando se trata de entidades mercantiles, que actúan a través de sus representantes legales, la jurisprudencia viene entendiendo que en estos casos ha de presumirse un mayor grado de diligencia, lo que se traduce en que si no tenían conocimientos suficientes sobre la naturaleza y circunstancias del producto, al menos sí que tenían la posibilidad de procurarse información y asesoramiento al respecto, lo que lleva a la conclusión del carácter inexcusable del error; (iii) que esta doctrina resulta de aplicación al caso porque no parece lógico que personas que actuaban en nombre de una empresa y que se dirigieron al banco para conocer productos financieros que pudieran mitigar el coste de determinadas operaciones de financiación desconocieran las consecuencias y características de la operación, cuando además se trataba de una operación que se realizaba dentro del giro o tráfico propio del negocio de la sociedad demandante a la que representaban y que fue concertada a instancias de esta sociedad (pues se indicó al banco la concreta y determinada operación de *swap* que debía suscribirse); y (iv) que en todo caso faltaría el requisito del carácter excusable del error, puesto que difícilmente puede llevarse a un error «a personas que por su condición de empleados y de comerciales de una empresa mercantil se les supone, si no ciertos conocimientos extraordinarios de las finanzas, sí un cierto conocimiento de los contratos mercantiles que usualmente se conciertan en el mundo de los negocios», no tratándose en ningún caso de un seguro por faltar el pago de la prima o la indicación del riesgo cubierto.

5.- La entidad demandante-apelante ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación.

SEGUNDO.- La resolución del recurso debe partir de los siguientes hechos probados:

1.- En el año 2006 AGLP (luego Advantia) mantuvo diversas conversaciones con distintas entidades financieras (entre ellas el banco demandado, Banco de Sabadell, S.A.) al objeto de obtener financiación para la adquisición de una nave industrial, suscribiéndose finalmente el contrato de financiación (*leasing*) con La Caixa.

2.- En este contexto D. Virgilio , representante de AGLP, contactó con el Banco de Sabadell (denominación social de esta entidad financiera aun cuando en su correspondencia y documentación contractual usara el logo Sabadell-Atlántico) interesándose por la posibilidad de contratar un producto que sirviera de cobertura o garantía ante la fluctuación del tipo de interés vinculado al contrato de financiación suscrito con La Caixa. Con ese fin se celebraron diversas reuniones entre las partes a las que asistieron el citado Sr. Virgilio , en nombre de AGLP, y D. Juan Ignacio , director de la sucursal sita en la calle Antonio López de Madrid, donde se firmó el contrato, en nombre del Banco de Sabadell.

3.- Tras estas reuniones, AGLP remitió con fecha 18 de septiembre de 2006 un escrito (doc. 3 de la demanda), firmado por su representante legal, el Sr. Virgilio , y dirigido al Banco Sabadell-Atlántico a la atención del Sr. Juan Ignacio , del siguiente tenor:

«[...]

»Sírvanse realizar operación "SWAP", por un importe de EUROS DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL (2.230.000,-?) a un plazo de CINCO AÑOS, en la Modalidad de "SWAP CRECIENTE CON BARRERA DESACTIVANTE", a tipo fijo inicial de 3,64% barrera desactivante durante el primer año del 4,39%.

[...]».

4.- Con fecha 25 de septiembre de 2006 el banco remitió a AGLP un documento de confirmación respecto de la citada operación, comprometiéndose a negociar y firmar un CMOF a cuya firma la citada confirmación pasaría a formar parte y a estar sujeta al mismo, especificándose lo siguiente:

«Todas las estipulaciones contenidas o incorporadas mediante referencia al Contrato, a su firma, regularán esta Confirmación salvo lo expresamente modificado en la misma. En caso de discrepancia entre lo dispuesto en el Contrato Marco de Operaciones Financieras arriba indicado y esta Confirmación prevalecerá esta última».



Según el citado documento de confirmación, los términos de la operación eran los siguientes: fecha de operación, 21 de septiembre de 2006; fecha de inicio, 22 de septiembre de 2006; fecha de vencimiento, 22 de septiembre de 2011; importe nominal, 2.230.000 euros.

5.- Finalmente, el 27 de noviembre de 2006 ambas partes firmaron el CMOF (doc. 2 de la demanda). El banco estuvo representado por D. Juan Ignacio y por D. Victor Manuel, y AGLP estuvo representada por D. Virgilio y D. Clemente.

6.- En la documentación firmada por las partes (particularmente el documento de confirmación) no aparece información específica sobre el riesgo de que pudiera haber liquidaciones negativas y la onerosidad que podían llegar a representar para el cliente, ni información escrita específica sobre el funcionamiento del producto y sus concretos riesgos, no existiendo prueba de que estos hubieran sido explicados con carácter previo a la firma del contrato. Tampoco consta información escrita en el contrato, ni tampoco previa, respecto del coste de cancelación anticipada.

7.- Después de tres años de liquidaciones positivas para AGLP (2.523,44 euros en el año 2007, 5.636,95 euros en 2008 y 5.652,43 euros en 2009), las correspondientes a los años 2010 y 2011 arrojaron importantes pérdidas para dicha entidad (60.729,72 euros y 59.079,21 euros, respectivamente). Para atender la liquidación negativa correspondiente al año 2010, incluyendo el importe de las comisiones y los intereses del descubierto, la entidad hoy recurrente suscribió con el Banco de Sabadell un préstamo por importe de 65.000 euros. También efectuó diversos ingresos en cuenta para atender el pago del importe de dichas liquidaciones.

8.- A partir del año 2010, con motivo de una fusión de sociedades, pasó a ejercer el cargo de director financiero en Advantia D. Eleuterio, quien, al estudiar el *swap* contratado, se puso en contacto con el banco para ver si podía existir alguna solución, a lo que el banco le respondió que la única solución era cancelar el *swap* con un coste de 180.000 euros.

9.- Después de dirigirse, primero, al Servicio de Atención al Cliente del banco -doc. 27- y, luego, al Servicio de Reclamaciones de la CNMV -doc. 30-, Advantia acordó el ejercicio de acciones judiciales.

TERCERO.- El recurso se interpone por interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y se compone de un solo motivo con el siguiente encabezamiento:

«Primero. Recurso de casación por presentar la sentencia de 10 de febrero de 2014 interés casacional, al existir criterios dispares en relación al carácter excusable o no del error en el consentimiento prestado en el momento de la contratación de determinados productos bancarios según se trate de sociedades mercantiles o personas físicas».

En su desarrollo se citan como infringidos los arts. 1261, 1265 y 1266 CC. Para justificar la contradicción doctrinal se invocan, de una parte, con el mismo criterio que la recurrida, dos sentencias de la AP Madrid (sentencia 159/2013, de 19 de abril, de la sección 19.ª, y sentencia 500/2013, de 2 de diciembre, de la sección 18.ª) y, con el criterio contrario, dos sentencias de la sección 1.ª de la AP Navarra (sentencia 188/2013, de 22 de octubre y 249/2012, de 19 de diciembre). Todas ellas se extractan en el desarrollo del motivo.

Se argumenta, en síntesis, que mientras una corriente jurisprudencial, con la que se alinearía la sentencia recurrida, considera que cuando se trata de sociedades mercantiles hay que presuponer un plus de formación y conocimientos financieros (lo que excluiría el error o su excusabilidad), otra corriente, en la que se apoya la parte recurrente, no tiene en cuenta el carácter de persona física o jurídica a la hora de valorar la concurrencia o no de error en el consentimiento y su excusabilidad o no. La cuestión jurídica que se plantea en casación se contrae, pues, a determinar si la condición de sociedad mercantil de la demandante debe tener o no la relevancia que le otorgó la sentencia recurrida a la hora de apreciar la existencia de error y su carácter (excusable o no), pues la sentencia considera (fundamento de derecho tercero) que el perfil de la contratante y la condición de sus representantes permitía concluir que eran conocedores de las características y consecuencias de la contratación del *swap* o que, al menos, estaba en su mano haberlas conocido, como si el hecho de ser empresario y estar habituado a contratar con los bancos demostrara por sí mismo la tenencia de la específica formación y del conocimiento específico del producto que se exige cuando de *swaps* se trata. En este sentido afirma la parte recurrente, en contra del criterio de la sentencia recurrida, que «el mero hecho de ser entidades mercantiles o firmar contratos bancarios no les convierte en expertos financieros... ostentar la condición de empresario no conlleva tener conocimientos económicos suficientes dada la complejidad del producto... la naturaleza mercantil de la parte contratante no es un criterio para mitigar las obligaciones y responsabilidades de la entidad bancaria o financiera».

En su oposición al recurso el banco ha alegado que carece de interés casacional, dado que la sentencia recurrida se fundó en la inexistencia de error y no en la existencia de error excusable, y, subsidiariamente, falta de interés casacional por no existir la contradicción doctrinal que se alega, ya que la doctrina de las Audiencias



es uniforme en entender que el error en el consentimiento, en caso de existir, no puede considerarse excusable cuando quien contrata es un profesional, empresario o sociedad mercantil.

CUARTO.- Esta sala ha dictado ya 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. Como recuerda la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, «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, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo, 331/2016, de 19 de mayo, 496, de 15 de julio, y 509/2016, de 20 de julio, entre otras muchas».

La doctrina jurisprudencial resultante, también contenida en las posteriores sentencias 519//2016, de 21 de julio, 562/2016, de 23 de septiembre, y 694/2016, de 24 de noviembre, en casos en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (que esta sala viene denominando pre-MiFID y que era la normativa aplicable al contrato cuya nulidad se pretende, suscrito en 2006), declara la nulidad del contrato por 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, como precisa la más reciente de las sentencias citadas, «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 en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación».

Los aspectos más destacables de dicha doctrina son los siguientes:

1.º) La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores (LMV), tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

No obstante, ya la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (que denominaremos pre-MiFID y que era la normativa aplicable al contrato litigioso cuya nulidad se pretende, suscrito el 27 de noviembre de 2006) recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. Según la sentencia 694/2016, de 24 de noviembre:

«Dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 LMV (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 innovadora en relación a los principios fundamentales que rigen la materia. La jurisprudencia se ha esforzado en recalcar que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis. 3 LMV), como bajo la normativa pre-MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales (productos en los que deben ubicarse los que reciben la denominación genérica de permuta financiera o *swap*, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados) existe una asimetría informativa que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Según la sentencia 32/2016, de 4 de febrero:



«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, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente 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».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia 562/2016, de 23 de septiembre .

2.º) Lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información cuanto 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 el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, o que en el supuesto de que bajaran los tipos de interés el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior al que habría tenido de no haber contratado la operación. No se trata de que el banco demandado pueda adivinar la evolución futura de los tipos de interés. Se trata de que debe ofrecer al cliente una información completa, suficiente y comprensible sobre el alcance real de las posibles consecuencias de la fluctuación no solo al alza, sino también a la baja, de los tipos de interés, así como de los costes de la cancelación anticipada (entre otras, sentencias 562/2016, de 23 de septiembre , y 594/2016, de 5 de octubre , sobre el alcance del deber de informar acerca de los costes de la cancelación anticipada).

Estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 769/2014, de 12 de enero , y 489/2015, de 16 de septiembre).

La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información incumbe al banco (entre las más recientes, sentencia 576/2016, de 30 de septiembre).

3.º) En cuanto a la trascendencia que el incumplimiento de los reseñados deberes de información tiene en la validez del consentimiento, esta sala viene diciendo que aunque por sí mismo tal incumplimiento no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, 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, incide en la apreciación del error de forma muy relevante (sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre , citadas por la reciente sentencia 694/2016, de 24 de noviembre).

En este sentido, y como destaca la sentencia 694/2016, de 24 de noviembre , conviene traer a colación la jurisprudencia sobre el error vicio en relación con la permuta financiera de intereses contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida».



Según la referida sentencia 694/2016, de 24 de noviembre , el que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por la sociedad recurrente cuya nulidad se pretende, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional 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 inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento, de tal forma que 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.

La jurisprudencia precisa 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 inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre , con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y en el mismo sentido sentencias 519/2016, de 21 de julio , 562/2016, de 23 de septiembre , y la anteriormente citada 694/2016, de 24 de noviembre).

El error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

4.º) En cuanto a la relevancia que puede tener para excluir el error o apreciar su inexcusabilidad el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil, esta sala viene declarando que tal condición no supone necesariamente el carácter experto del cliente, 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. La sentencia 579/2016, de 30 de septiembre , trae a colación las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , y 676/2015, de 30 de noviembre , entre otras, según las cuales no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el 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 , luego citada por otras posteriores, como las sentencias 594/2016 y 595/2016, ambas de 5 de octubre). Según la sentencia 594/2016, de 5 de octubre , el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos como los *swap* «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto».

En esta línea, puesto que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estos fueran los estudios del contable de la empresa (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 633/2015, de 13 de noviembre , 673/2015, de 9 de diciembre , y 496/2016, de 15 de julio). Y ni siquiera la posibilidad de contar con asesoramiento es determinante de una actuación no diligente que excluya la excusabilidad del error pues la sentencia 310/2016, de 11 de mayo , ha declarado al respecto:

«Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , 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».



5.ª) Tampoco el deber de información debe entenderse suplido por el propio contenido del contrato de *swap*. En este sentido, las sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, reiteran que «Como ya hemos recordado en otras ocasiones, "la 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 y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional de las que este no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, 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 podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para la demandante. 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. 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.

6.ª) En cuanto a la posible confirmación del contrato por la conducta posterior desplegada por la parte que sufre el error, esta misma jurisprudencia viene reiterando que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error. Es decir, que para que el error excusable e invalidante del contrato se subsane mediante la confirmación del negocio jurídico por los propios y vinculantes actos de la persona que lo sufrió -de modo que dichos actos impidan un actuar posterior incompatible- se hace necesario el pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica. De ahí que «ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria» (sentencia 19/2016, de 3 de febrero, reiterada por las posteriores 503/2016, de 19 de julio y 691/2016, de 23 de noviembre).

QUINTO.- La aplicación de dicha doctrina al único motivo del recurso determina su estimación por las siguientes razones:

1.ª) La entidad de crédito demandada no observó el deber impuesto por la normativa pre-MiFID consistente en ofrecer al cliente una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, incluyendo del coste de cancelación anticipada.

Nada se dice sobre que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor (véase al respecto la propia conclusión del informe de la CNMV), cuando, como ha declarado con reiteración esta sala, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el *swap* respecto de una pequeña empresa, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable, por ejemplo, de un préstamo mercantil (en este caso, de un *leasing* suscrito con otra entidad para financiar la adquisición de una nave industrial), sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. La sentencia recurrida considera que la permuta financiera de tipos de interés no se contrató como un seguro, sino como un producto que tenía por objeto mitigar el impacto de la subida de tipos de interés relativos a otra operación financiera (el mencionado *leasing*), y que «asegurar en cierta manera los vaivenes de los tipos de interés no supone información engañosa». Sin embargo, que sea cierto que no se ofertó el producto como un seguro sino como una cobertura ante la subida de tipos ligada a otra operación no presupone que se informara también de los riesgos que para el cliente podían derivarse en caso de caída del euríbor. En este caso, aunque el banco sostuvo desde un principio que en la documentación contractual se ofreció información suficiente al respecto, no consta que se proporcionara al cliente información ajustada a las exigencias normativas que descartan que el deber de información quede satisfecho por una mera ilustración sobre lo obvio, y tampoco ha quedado probado que el banco ofreciera con carácter previo a la contratación una información clara y comprensible que permitiera conocer los riesgos concretos del producto. En este sentido, incidiendo en la falta de prueba sobre la información precontractual, es significativo que la entidad financiera, por medio del director de la sucursal, intentara demostrar que a las sucesivas reuniones entre los representantes del banco



y los del cliente asistió también una «experta» en este tipo de productos, que la parte demandada identificó -al proponerla como testigo según el folio 238 de las actuaciones de primera instancia- como D.^a Rebeca , y que pese a ello no se la tomara declaración, -pág. 6 del escrito de interposición del recurso de apelación-. El único argumento de la sentencia de primera instancia (y que la sentencia de apelación asume) para deducir que la demandante conocía los riesgos consiste en el contenido del doc. 3 de la demanda, que es la orden dirigida por el cliente al banco indicando la modalidad de *swap* que debía ser objeto de suscripción. Sin embargo, ese documento no es determinante de que el consentimiento se formara sobre una representación real del producto, sus concretas características y riesgos. Si se pone en relación con el resto de hechos probados cabe concluir que, aunque el cliente hubiera mostrado inicialmente su interés en contratar un producto que mitigara el impacto de la subida de tipos relativos a la operación de *leasing* , la decisión de contratar un determinado tipo de *swap* , en unas determinadas condiciones, fue tomada tras las sucesivas reuniones que mantuvieron los representantes de la demandante y los del banco, sin que en ningún momento haya demostrado esta entidad el contenido informativo de dichas reuniones, en concreto que, asumiendo su posición activa, apercibiera al cliente de forma clara y comprensible de los riesgos para caso de caída del euribor y del coste de cancelación. Con respecto a este, son reveladores de la ausencia de información, de una parte, el dato de que la entidad demandante hubiera de esperar hasta el año 2010, en que ocupó su puesto el nuevo director financiero, para tomar conciencia de su importe y de las consecuencias patrimoniales que dicha cancelación podía ocasionar a la sociedad (pues fue al intentar buscar una solución y contactar con el banco cuando este comunicó por vez primera el elevado coste de cancelación) y, de otra, que la propia CNMV, en su informe final (doc. 32), reseñara que, puesto que no constaba en la documentación contractual la posible cancelación anticipada, tampoco constaba la debida información al respecto, todo lo cual confirma que el banco incumplió el deber de informar al respecto con anticipación y de forma clara y suficiente pues, según constante jurisprudencia, en el *swap* la propia dinámica del producto abre en cada liquidación periódica «una ventana de liquidación», lo que supone que dicho coste adquiere una sustancialidad determinante en el conjunto del contrato (sentencia 669/2015, de 25 de noviembre).

2.^a) En cuanto a la trascendencia que el incumplimiento de los reseñados deberes de información tuvo en la validez del consentimiento, se ha de estar al criterio jurisprudencial de que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento de tal manera que no es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, pero sí que permite presumirlo. Esta presunción de error, como se razonará a continuación, no podía quedar desvirtuada en este caso por el argumento principal de la sentencia recurrida.

3.^a) Según la sentencia recurrida (fundamento de derecho tercero), de la prueba practicada (en particular se refiere a las testificales) se deduce que los empleados de la hoy recurrente «conocían o podrían haber conocido las consecuencias y características de la operación». Por tanto, no es cierto lo que opone el banco de que la razón decisoria radique exclusivamente en la inexistencia de error y no en su carácter inexcusable, pues la sentencia recurrida considera tanto que no hubo error porque la mercantil conoció cuanto que, de haberlo sufrido, este no sería excusable, sino solo imputable a su falta de diligencia por no haberse asesorado.

Para llegar a esa conclusión la sentencia recurrida considera, en primer lugar, que no parece lógico que carecieran de dicha información las dos personas que representaron a la mercantil cuando se dirigieron al banco para concertar o conocer productos financieros que pudieran mitigar el coste financiero de determinadas operaciones y, en segundo lugar, que el producto contratado se suscribió dentro del giro o tráfico propio del negocio de la sociedad demandante, insistiéndose finalmente en que la iniciativa partió de la propia sociedad, que fue la que dio orden al banco de contratar un determinado tipo de *swap* . Esta argumentación pone de relieve que la sentencia recurrida, más que apreciar prueba directa del conocimiento que tenía la sociedad contratante del producto, sus características y riesgos, lo que en realidad hace es inferir dicho conocimiento a partir de una premisa que no encuentra respaldo en la doctrina de esta sala: que el carácter de empresario de la demandante y la formación y experiencia al frente del negocio y en la contratación bancaria de sus representantes supone un conocimiento suficiente de este tipo de productos financieros o, como mínimo, la posibilidad de adquirir dicho conocimiento, siendo por ello el error inexcusable por haber podido ser salvado empleando la debida diligencia.

Según la jurisprudencia anteriormente expuesta, un producto complejo y de riesgo como es el *swap* exige conocimientos especializados en este tipo de productos financieros y, en consecuencia, no puede excluirse la existencia de error en el consentimiento o considerarse que el mismo, de existir, fue inexcusable, por el hecho de que el cliente fuera una sociedad mercantil ni por el hecho de que al frente de la misma estuviera una persona con experiencia empresarial, dado que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un *swap* no es la de un simple empresario con conocimientos usuales en la gestión diaria de la sociedad y en la contratación bancaria. En este caso, no consta que ninguno de los representantes de



la entidad demandante tuviera conocimientos especializados en este tipo de productos bancarios más allá de los usuales del mundo de la empresa, ni el hecho de que se encargaran de informarse y, finalmente, de contratar un producto como el *swap*, que mitigara los riesgos de alza del tipo de interés ligado a otra operación financiera, permite suponer que supieran con exactitud los riesgos que entrañaba su contratación, habiendo precisado la sentencia 594/2016, de 5 de octubre, que el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos como los *swap* «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto». Además, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no el cliente -no profesional del mercado financiero y de inversión- el que debe averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas, de tal modo que la parte obligada legalmente a informar correctamente (el banco en este caso) ni siquiera puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta (el cliente, la sociedad demandante hoy recurrente) debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

4.ª) En conclusión, partiendo de los hechos probados, 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*, pues no tiene sentido que para protegerse frente al riesgo de la subida de tipo de interés se contrate un producto que, como el *swap*, crea un importantísimo riesgo para el cliente en caso de bajada de los tipos, que a su vez se añade al riesgo previamente existente derivado de su deuda, lo que, unido a los elevados costes de cancelación, indica que, más que una cobertura para el cliente en caso de subida de los tipos, era una cobertura para el banco en caso de bajada.

SEXTO.- Estimado el único motivo del recurso, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandante contra la sentencia de primera instancia, que se revoca para, en su lugar, estimar la demanda.

Para estimar la demanda no es obstáculo que la parte demandada opusiera la confirmación del contrato por los actos posteriores de la demandante consistentes en la percepción de liquidaciones positivas y la continuidad de los pagos en cuenta pues, como ya se ha dicho, para la jurisprudencia ni la percepción de liquidaciones positivas durante los primeros años de vigencia del contrato de *swap* ni los pagos de saldos negativos pueden ser considerados actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato genéticamente viciado por error en el consentimiento, habida cuenta que para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error y cuando se tuvo dicho conocimiento, incluyendo el coste de cancelación anticipada, fue en un momento posterior.

SÉPTIMO.- 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.

Tampoco procede imponer las costas de segunda instancia, dado que el recurso de apelación de la entidad demandante tenía que haber sido estimado.

En cuanto a las costas de la primera instancia, deben imponerse a la parte demandada conforme al art. 394.1 LEC.

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 Advantia Comunicación Gráfica S.L. contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2014 por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 8/2014. **2.º** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º** En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por dicha parte demandante contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2013 por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 96 de Madrid en las actuaciones de juicio ordinario n.º 1092/2012, y revocar esta última para, en su lugar: A) Estimar la demanda formulada por Advantia Comunicación Gráfica, S.L. contra Banco de Sabadell S. A. B) Declarar la nulidad del CMOF suscrito con fecha 27 de noviembre de 2006 y de su producto bancario asociado, contrato de permuta financiera denominado «*swap* creciente con barrera desactivante», ordenando la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas C) Y condenar a la entidad demandada-recurrida a restituir a la demandante-recurrente las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas durante la vigencia del contrato, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas, con los



intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de abono. **4.º**- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia, e imponer a la parte demandada hoy recurrida las costas de la primera instancia. **5.º**- Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ