



Roj: **STS 4308/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4308**

Id Cendoj: **28079110012016100589**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2016**

Nº de Recurso: **1419/2013**

Nº de Resolución: **607/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 54/2011,**  
**SAP B 2683/2013,**  
**STS 4308/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 7 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Mármoles Horta S.L., representada por el procurador Vicente Ruigómez Muriedas. Es parte recurrida la entidad Banco Mare Nostrum S.A. (que sucede a la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1. El procurador Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de la entidad Mármoles Horta S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona, contra la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés, para que se dictase sentencia:

«estimando íntegramente la presente demanda, y que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión de fecha 5 de junio de 2008, así como del contrato de confirmación de cobertura de tipos de interés -Collar Bonificado sobre Tipo de Interés- de fecha 23 de febrero de 2009, todos ellos suscritos con la demandada.

2.- Se condene a Caixa d'Estalvis del Penedés a la devolución del importe de 13.505,17 € a favor de mi representada, más, si fuere el caso, las cantidades que se pudieren devengar y pagar hasta la terminación de este procedimiento, más los intereses legales que correspondan.

3.- Se condene a Caixa d'Estalvis del Penedés al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia».

2. El procurador Alfredo Martínez Sánchez, en representación de la entidad Caixa d'Estalvis de Penedés, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se disponga: (i) la desestimación de la demanda interpuesta por la demandante contra Caixa Penedés, declarando la vigencia del contrato impugnado;



(ii) la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimar íntegramente la demanda formulada en su día por Mármoles Horta contra CP, con los pronunciamientos siguientes:

1. Declarar la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión suscrito por las partes en fecha 5 de junio de 2008 así como del suscrito en derivación del mismo en fecha 23 de febrero de 2009 contrato de confirmación de cobertura de tipos de interés - "collar" bonificado sobre tipo de interés.

2. Condenar a la demandada CP a la restitución a Mármoles Horta de la suma de diecinueve mil novecientos treinta y dos con treinta y nueve (19.932'39) euros percibida a resultas del citado contrato "collar" en tanto que liquidaciones trimestrales devengadas desde el 15 de abril de 2010 hasta el 15 de octubre de 2010 (6.665 euros en cuanto a la liquidación del 15 de abril de 2010, - 6.840'17 euros en cuanto a la liquidación del 15 de julio de 2010 y - 6.427'22 euros en cuanto a la liquidación del 15 de octubre de 2010), así como a la restitución de las liquidaciones que se hayan devengado hasta el momento desde el 15 de octubre de 2010 y de las que se devenguen en su caso en un futuro, a fijarse dicho saldo definitivo en ejecución de sentencia. Cantidad esta líquida de -19.932'39.- euros que devengará también para la CP 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, 1 de septiembre de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido.

3. Condenar a la demandada CP al pago de las costas procesales causadas en este pleito».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 1 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Caixa d'Estalvis del Penedés contra la sentencia de fecha uno de septiembre de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Barcelona en el asunto mencionado en el encabezamiento, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimando la demanda, absolvemos libremente a la apelante de la pretensión deducida contra ella, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de ninguna de las dos instancias. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Francisco Toll Musteros, en representación de la entidad Mármoles Horta S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con los arts. 79 bis apartados 5 y 7 de la Ley 27/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores , y los arts. 73 y 74 del Real Decreto 217/2008 de 28 de febrero .

2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con los arts. 79 y 79 bis apartados 1 , 2 y 3 de la Ley del Mercado de Valores , y los arts. 60.1 subapartados b), c) y d) ; art, 60.5 subapartados b) y d); 64.1 y 2 subapartado b) ) y art 66 apartado a) del Real Decreto 217/2008, de 28 de febrero .

3º) Infracción del art. 1300 Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 11 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Mármoles Horta S.L., representada por el procurador Vicente Ruigómez Muriedas; y como parte recurrida la entidad Banco Mare Nostrum S.A. (que sucede a la entidad Caixa d'Estalvis del Penedés), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

4. Esta sala dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Mármoles Horta, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 1 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de



Barcelona, Sección 16.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 1057/2011, dimanante del juicio ordinario n.º 1093/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Barcelona»

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Mare Nostrum, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El día 5 de junio de 2008, Mármoles Horta, S.L. concertó con Caixa d' Estalvis del Penedès un contrato básico de prestación de servicios de inversión. En el marco del mismo, las partes suscribieron primero un "swap de tipo de interés", sobre un capital de 500.000 euros, con vigencia de 30 de junio de 2008 a 30 de junio de 2011. El contrato indicaba que se había realizado el test de conveniencia y que la caja de ahorros consideraba que el producto no era conveniente para la demandante. Este contrato no concluyó porque se canceló el día 23 de febrero de 2009 sin coste alguno para el cliente.

Ese mismo día 23 de febrero de 2009, se sustituyó este contrato por otro swap, denominado "collar bonificado sobre tipo de interés". Tenía una vigencia de 15 de enero de 2010 a 15 de enero de 2013, por lo tanto, aunque se pactó en febrero de 2009, debía comenzar su aplicación en enero del año siguiente. El nocional era 1.000.000 euros.

Los términos en que operaba esta permuta financiera son descritos por la sentencia de apelación con precisión y claridad: El tipo de referencia era el Euríbor a 3 meses. Había una barrera desactivante del 5%, durante toda la duración del contrato. Si el Euríbor a 3 meses superaba dicha barrera, Caixa Penedés debía pagar un 0,10% anual, siempre, evidentemente, aplicado sobre el aludido capital. En caso de ser inferior el Euríbor a 3 meses a dicho tipo del 5%, las cosas no eran tan simples. El período contractual se dividía en períodos de 3 meses, para cada uno de los cuales el contrato fijaba un tipo de interés *cap* y otro *floor*. Si el Euríbor a 3 meses (que era el tipo variable) estaba alto, o sea si era superior al tipo *cap* fijado para cada período, la caja de ahorros pagaba la diferencia entre los dos, o sea el porcentaje de diferencia aplicado sobre el capital. Siempre, obviamente, que no fuese superior al 5 por ciento, en cuyo caso, ya lo hemos dicho, la caja sólo debía pagar el 0,1%. Si el repetido tipo variable era igual al tipo *cap* o al tipo *floor* o estaba comprendido entre ambos, no habría pago alguno de ninguna de las partes a la otra.

Si el Euríbor a tres meses estuviese por debajo del tipo *floor*, Mármoles Horta debía pagar a la entidad financiera la diferencia entre el tipo *floor* previsto en el contrato para cada período trimestral y el Euríbor. Sin barrera desactivante por abajo, de tal manera que si el repetido tipo variable bajaba mucho, la demandante tenía que pagar una cantidad importante, que fue lo que ocurrió.

En el contrato aparecían descritos cuatro escenarios: i) el primero, que el interés de referencia (Euríbor a tres meses) fuera alto, pero inferior al 5%, caso en que debía pagar Caixa Penedés; ii) el segundo, que el interés de referencia fuera bajo en concreto un euríbor del 2,70%, situación en la que la demandante debía pagar la diferencia entre ese porcentaje y el tipo *floor* del período, que era del 3,35% (o sea habría debido pagar un 0,65% anual aplicado siempre sobre el capital de un millón de euros); iii) el tercero, si el Euríbor a tres meses estuviese situado entre el tipo *cap* y el *floor* del período o fuese igual a cualquiera de ellos, en cuyo caso no habría habido liquidación; iv) y, por último, que el interés hubiera superado el 5%.

2. En su demanda, Mármoles Horta interesó la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión, de 5 de junio de 2008, y del "collar bonificado sobre tipo de interés" suscrito en fecha 23 de febrero de 2009, por error vicio, en cuanto que el banco no le informó sobre las consecuencias concretas derivadas de la bajada drástica de los tipos de intereses, ni tampoco del coste de la eventual cancelación del contrato, además de que no se realizó el test de idoneidad.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda y acordó la nulidad de ambos contratos, al advertir que existió error excusable por parte de la demandante. No se ha acreditado que el banco le informara de los riesgos de una bajada drástica de los tipos de interés, ni tampoco del coste de cancelación, además de no haberse aportado el test de conveniencia o, en su caso, idoneidad exigidos por la normativa MiFID.



4. Por su parte, la Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por el banco. Además de poner de relieve que el contrato de 5 de junio de 2008 es un contrato marco sobre el que apoyaron el primer contrato de swap, que se canceló sin coste para el cliente, y el segundo, sobre el que también se pide la nulidad, razona por qué no existió error vicio. En consecuencia, la nulidad por error vicio referida al segundo contrato de swap no podía afectar al contrato marco de 5 de junio de 2008. La sentencia de apelación argumenta en el siguiente sentido:

«(E)l contrato no era en absoluto incomprensible, sino todo lo contrario. Basta con saber leer y con saber calcular un interés simple para comprenderlo. Dice claramente que, si el Euríbor bajaba por debajo del tipo *floor* previsto para cada período, la titular del contrato debía pagar a Caixa Penedés la diferencia. Expone la fórmula de cálculo y pone un ejemplo de ese escenario desfavorable, ejemplo que es completamente correcto. No comprendemos cómo puede afirmarse que eso era especialmente complejo o incomprensible. Si tal cosa se sostiene habrá que proceder a anular buena parte de los contratos que se celebran. La actora es una empresa, pequeña o mediana, pero desde luego acostumbrada a manejar tipos de interés, y su administrador estaba en condiciones de comprender lo que firmaba. Siempre que lo leyese mínimamente, claro. Pero si no lo hubiese leído su error no tendría excusa posible. Objetivamente el contrato es perfectamente comprensible. Estas cosas hay que manejarlas con cuidado porque los contratos constituyen la base de la convivencia social y de la economía, de modo que no pueden ser dejados sin efecto sin motivos bien demostrados.

»Por otra parte el contrato y los otros documentos que lo acompañan (los documentos 5 de la demanda y 4 de la contestación) claramente hablan de que había un riesgo derivado de la posibilidad de que los tipos de interés variasen, con mayor o menor rapidez. La demandante lo sabía perfectamente, hasta el punto de que había sufrido el riesgo con ocasión del contrato de swap que celebró inicialmente. Por tanto, la actora estaba advertida cuando firmó el collar de lo que podía ocurrir. Otra cosa es que esperase que no ocurriese. Pero que sabía que podía ocurrir es completamente obvio.

»Es posible que la propaganda fuese favorable al producto y desde luego éste se presentó como un medio de contrarrestar el alza de los tipos de interés. Pero incluso la publicidad, documento 6 de la demanda, claramente muestra que el contrato podía acabar perjudicando a la cliente. No hay más que ver el apartado relativo al funcionamiento de ese documento 6, y en particular el párrafo último del reverso, donde dice lo que pasaba si el tipo de referencia se situaba por debajo del tipo *floor*.

»Por tanto es inadmisibles que se diga que hubo error en la demandante. El contrato explica muy claramente su funcionamiento, incluso poniendo ejemplos. De haber habido error habría sido porque el administrador de la actora era incapaz de calcular un interés simple o porque no leyó el contrato. Lo primero no se ha probado en absoluto y es completamente inverosímil, pues se trataba de un empresario y, como la generalidad de los empresarios, está acostumbrado a trabajar con tipos de interés. Lo segundo le habría sido imputable a él y, por tanto, no podría provocar la nulidad por vicio del consentimiento».

5. Frente a la sentencia de apelación, Mármoles Horta formuló recurso de casación sobre la base de tres motivos. Los dos primeros guardan estrecha relación, razón por la cual serán analizados conjuntamente.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación de los motivos primero y segundo*. El motivo primero denuncia la «infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con los apartados 5 y 7 del art. 79 bis de la Ley 27/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y los artículos 73 y 74 del Real Decreto 217/2008, de 28 de febrero».

El motivo segundo se basa en la «infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con los arts 79 y 79 bis, apartados 1, 2 y 3 de la Ley 27/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y los artículos 60.1 subapartados b, c y d, 60.5 subapartados b y d, 64.1 y 2 subapartado b y 66 apartado del Real Decreto 217/2008, de 28 de febrero».

Procede estimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación de los motivos primero y segundo*. El contrato "Collar bonificado sobre tipo de interés" de 23 de febrero de 2009 puede considerarse un tipo de contrato de permuta financiera de tipos de interés, comúnmente denominados swap, y como tal tiene la consideración de producto financiero complejo.

Por la fecha de su contratación, 23 de febrero de 2009, regía la normativa MiFID, y en concreto las exigencias contenidas en el art. 79 bis LMV, desarrolladas por RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

El alcance de esta normativa, en relación con el error vicio, fue expuesto en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que reiteramos en los siguientes fundamentos jurídicos.

**3. Información sobre los instrumentos financieros .** El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión a clientes que, como es el caso, no tienen la consideración de inversores profesionales.

Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). 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, de 15 de febrero , 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».

Y en su apartado 2, concreta: «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».

**4. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad .** 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.

La entidad financiera debe realizar al cliente un *test de conveniencia* , conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV ( arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE ), 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. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente «tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado».

Esta «información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes» ( art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero ).

Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV ( art. 19.4 Directiva 2004/39/CE ). 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, de 15 de febrero, 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. Jurisprudencia sobre el error vicio.** El recurso denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con los reseñados deberes de información del art. 79 bis LMV. Como en otras ocasiones, conviene partir de esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se halla contenida en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. [...]

»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»

**6. El deber de información y el error vicio.** En nuestro caso, no consta aportado a los autos el test de conveniencia ni el de idoneidad, sin que sea suficiente la genérica mención contenida en el contrato de que se han realizado con carácter previo a la firma del contrato. La ausencia del test no determina la nulidad del contrato, pero permite presumir que la entidad bancaria no se percató de que el cliente tenía «los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado», ni que se hubiera realizado una información suficiente sobre los concretos riesgos que se asumían en caso de una bajada drástica de los tipos de interés.

Es cierto que puede acreditarse por otros medios que esta información fue realizada y concluirse que se cumplieron las exigencias del art. 79bis.3 LMV. Así concluye la Audiencia, en este caso, a la vista de la información contenida en el propio contrato y en la propaganda del producto. En concreto, hace referencia a los cuatro escenarios que se describen en el contrato, uno de los cuales se refiere al caso en que el tipo de referencia (Euribor a tres meses) bajara por debajo del 3,35%. La transcripción de este escenario en el contrato,



además de que sitúa la bajada del interés en un tipo que producía un coste pequeño (2,70%) y no ilustra lo que podía suponer una bajada del Euribor como la que ocurrió y el coste consiguiente, resulta insuficiente si no va acompañada por una explicación verbal que permita comprobar que se han comprendido los riesgos. Y esta información no consta que se haya producido. La Audiencia basa su argumentación en la suficiencia de la información escrita en el contrato que, como hemos afirmado en otras ocasiones, resulta insuficiente.

«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).

Tampoco consta que el claro desequilibrio respecto de los riesgos asumidos por una y otra parte, que la propia sentencia de apelación expone con detalle, hubiera sido explicado con claridad al cliente, antes de prestar consentimiento.

En consecuencia, el incumplimiento de los deberes de información sobre los concretos riesgos del producto contratado y las propias condiciones del swap contratado, permite presumir que en su contratación concurrió error excusable por parte de la sociedad demandante.

7. En la medida en que la sentencia apelada contradice la jurisprudencia asentada, al respecto, por la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, procede estimar estos dos primeros motivos de casación, y casar la sentencia en relación con la nulidad del contrato de swap de 23 de febrero de 2009. Respecto de la nulidad del contrato y sus efectos consiguientes, desestimamos el recurso de apelación de Caixa Penedés y confirmamos la sentencia de primera instancia.

8. *Formulación del motivo tercero*. El motivo denuncia la infracción del art. 1300 CC, por cuanto la nulidad del contrato de swap debe acarrear la nulidad del contrato marco o CMOF, en atención a la relación de subordinación que existe entre ellos.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. *Desestimación del motivo tercero*. El contrato básico de prestación de servicios de inversión concertado por las partes el 5 de junio de 2008 es un contrato marco de operaciones financieras. Al amparo del mismo pueden haberse concertado diversos contratos financieros. Entre ellos se concertó, el 23 de febrero de 2009, un swap denominado "collar bonificado sobre tipo de interés". El error vicio invocado y apreciado afecta únicamente al contrato de swap, sobre todo a los concretos riesgos que se derivaban del mismo para el cliente, sin que haya quedado acreditado que el error afectara a estipulación alguna del contrato marco. Por esta razón, aunque se trate de un contrato marco, su nulidad no es una consecuencia ineludible de la nulidad de una de las operaciones financieras concertadas al amparo del mismo. En consecuencia, procede mantener la vigencia del contrato marco, y a ese respecto debe entenderse que el recurso de apelación se estima en parte.

#### **TERCERO.- Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).

2. Estimado el recurso de apelación, no imponemos las costas de la apelación a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

3. La estimación del recurso de apelación, en cuanto que se deja sin efecto la nulidad del contrato básico de prestación de servicios de inversión concertado por las partes el 5 de junio de 2008, no nos impide apreciar que se han estimado sustancialmente las pretensiones ejercitadas en la demanda, y por ello que imponemos a la parte demandada las costas de la primera instancia.

#### **FALLO**

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 formulado por la representación de Mármoles Horta, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 1 de marzo de 2013 (rollo núm. 1057/2010), que casamos y dejamos sin efecto, sin imponer las costas a ninguna de las partes. 2.º- Estimar en parte el recurso de apelación formulado por Caixa d'Estalvis del Penedés (actualmente, Banco Mare Nostrum, S.A.) frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona de 1 de septiembre de 2011 (juicio ordinario núm. 1093/2010), sin imposición de las costas de la apelación a la parte apelante. 3.º- Estimar sustancialmente la demanda formulada por la representación de Mármoles Horta, S.L. contra Caixa d'Estalvis del Penedés, en el sentido de: 3.1. Declarar la nulidad del contrato "collar bonificado sobre tipo de interés" de



23 de febrero de 2009; 3.2. Condenar a la demandada Caixa d'Estalvis del Penedés a la restitución a Mármoles Horta de la suma de diecinueve mil novecientos treinta y dos con treinta y nueve (19.932'39) euros percibida a resultas del citado contrato "collar" en tanto que liquidaciones trimestrales devengadas desde el 15 de abril de 2010 hasta el 15 de octubre de 2010 (6.665 euros en cuanto a la liquidación del 15 de abril de 2010, .- 6.840'17 euros en cuanto a la liquidación del 15 de julio de 2010 y .- 6.427'22 euros en cuanto a la liquidación del 15 de octubre de 2010), así como a la restitución de las liquidaciones que se hayan devengado hasta el momento desde el 15 de octubre de 2010 y de las que se devenguen en su caso en un futuro, a fijarse dicho saldo definitivo en ejecución de sentencia. Cantidad esta líquida de .-19.932'39.- euros que devengará también para la CP 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, 1 de septiembre de 2011, hasta el efectivo y completo pago de lo debido. 3.3. Absolver a la demandada del resto de las peticiones. 3.4. Imponer a la parte demandada las costas de la primera instancia. 4.º- Devuélvase el depósito constituido para recurrir. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.