

Roj: STS 756/2015 - ECLI:ES:TS:2015:756
Id Cendoj: 28079110012015100109
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1548/2011
Nº de Resolución: 110/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Febrero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada "Banco de Santander, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Carlos Íbañez de la Cardiniere, contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2011 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación nº 169/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 2075/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santa Cruz de Tenerife sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida la mercantil "Yates Dalondra, S.L.U.", que ha comparecido bajo la representación de la procuradora Dª Laura Bande González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 6 de noviembre de 2009 se presentó demanda por la mercantil "Yates Dalondra, S.L.U." contra la entidad "Banco de Santander, S.A." sobre nulidad de un contrato celebrado el 16 de mayo de 2008, denominado "*confirmación de permuta financiera de tipo de interés (Swap Flotante Bonificado)*", solicitando se dictara sentencia por la que:

«1. Se declare nulo el documento denominado confirmación de permuta financiera de tipo de interés (Swap Flotante Bonificado) suscrito entre las partes por vicio en el consentimiento prestado por la actora, con la obligación de devolución recíproca de los beneficios, con los intereses legales, en virtud de la nulidad declarada.

2. Subsidiariamente, y para el caso que no se declarara la nulidad del negocio jurídico, se acuerde moderar la cobertura reduciendo el riesgo soportado por mi mandante al mismo que el fijado para la entidad demandada, esto es, a un 0,15% cuando el euríbor esté por debajo de la cota del 3,87% tal y como se expresa en el punto 2 de la alegación décima (que damos por reproducida a fin de evitar innecesarias repeticiones), procediendo a rehacer las liquidaciones desde la fecha de su inicio y procediendo a reintegrar las cantidades, una vez compensadas.

3. Y subsidiariamente a las anteriores, se declare resuelto el acuerdo documento denominado confirmación de permuta financiera de tipo de interés (Swap Flotante Bonificado) suscrito entre las partes, al concurrir causa que lo justifique, al contratar un producto financiero no ajustado a su perfil inversor, con efectos desde su formal notificación, en fecha 7 de agosto de 2009, sin que proceda ningún tipo de indemnización o gasto por dicha resolución, procediendo a reintegrarle las liquidaciones practicadas a partir de esa fecha, con más los intereses correspondientes.

4. Con expresa imposición de las costas procesales, y con todo aquello a que en derecho haya lugar».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, dando lugar a las actuaciones nº 2075/2009 de juicio ordinario, y emplazada la entidad financiera demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con condena en costas a los demandantes.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, en la que se recibió el pleito a prueba, se acordó la pertinencia de la prueba documental propuesta por las partes y aportada en dicho acto, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- La magistrada- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 9 de julio de 2011 con el siguiente fallo:

«Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda deducida por la procuradora D^a Rocío García Romero, en nombre y representación de la entidad mercantil Yates Dalondra, S.L.U., defendida por D. Edmundo González Álvarez, contra la mercantil Banco de Santander, representado por la procuradora D^a Cristina Togores Guigou y defendido por el letrado D. Manuel Gallego Agueda, debo declarar nulo el documento denominado confirmación de permuta financiera de interés suscrito entre las partes por vicio en el consentimiento prestado por la actora con la obligación de devolución recíproca de los beneficios con los intereses legales en virtud de la nulidad, y ello con imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas».

QUINTO.- Interpuesto por el banco demandado recurso de apelación contra dicha sentencia, que se tramitó con el nº 169/2011 de la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, esta dictó sentencia el 2 de mayo de 2011 con el siguiente fallo:

«Primero.- Desestimar el recurso de apelación formulado por la procuradora D^a Cristina Togores Guigou y dirigido por el abogado D. Manuel Gallego Águeda en representación de Banco de Santander, S.A.

Segundo.- Confirmar la sentencia dictada el 9 de junio de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, en autos de juicio ordinario nº 2075/2009.

Tercero. Condenar al apelante al pago de las costas de esta instancia».

SEXTO.- La demandada-apelante "Banco de Santander S.A." interesó la preparación de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación. El tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, dentro del plazo legal, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal.

En las peticiones del escrito de interposición de los recursos la entidad recurrente solicitó a esta Sala que *« se dicte sentencia por la que, estimando los recursos interpuestos, case y revoque íntegramente la sentencia recurrida, desestimando también íntegramente la demanda presentada por Yates Dialondra, S.L.U., todo ello con la condena en costas a la recurrida ».*

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta sentencia, en cumplimiento del artículo

473.2 LEC se dictó providencia de 9 de abril de 2013 poniéndoles de manifiesto la posible concurrencia de causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal. La representación procesal de la entidad recurrente presentó escrito exponiendo las razones por las que dicho recurso debía ser admitido y la representación procesal de la mercantil recurrida no efectuó alegaciones.

OCTAVO.- Por auto de 2 de julio de 2013 esta Sala acordó inadmitir el recurso

extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación acordando, de conformidad y a los fines dispuestos en el artículo 485 LEC, entregar las copias del escrito de interposición del recurso de casación admitido, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida para que formalizara su oposición por escrito en el plazo de veinte días, poniéndole de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala; este auto consta notificado a ambas partes.

La parte recurrida no ha presentado escrito de oposición al recurso de casación.

NOVENO.- El recurso de casación admitido se articula en dos motivos: el primero por infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y el segundo por infracción de los arts. 78, 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores .

DÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2014 se acordó que, no habiéndose solicitado vista por las partes litigantes, quedara el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

UNDÉCIMO.- Por providencia de 28 de enero 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 17 de febrero siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio en el que se ha formulado el presente recurso de casación versa sobre la nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato denominado confirmación de permuta financiera de tipo de interés (*Swap Flotante Bonificado*).

La demanda se interpuso el 6 de noviembre de 2009 por la mercantil "Yates Dalondra, S.L.U." frente a la entidad "Banco de Santander, S.A.", hoy parte recurrente en casación.

En dicha demanda se alegó, en síntesis, que en el ámbito de un contrato marco de operaciones financieras, suscrito en mayo de 2008, se formalizó el día 16 de mayo de 2008 un contrato de permuta financiera de tipo de interés, ofertado por el banco demandado a la mercantil demandante cuando el euribor llevaba una escalada al alza constante, que fue firmado por esta última en la creencia de que era un seguro que cubría las fluctuaciones del euribor, con el fin de protegerse de posibles incrementos del tipo de interés relativos a un negocio previo de subrogación en un crédito hipotecario y ampliación del mismo para la compra de un solar. Se expuso por la mercantil demandante que el banco, aprovechando su desconocimiento de los mercados financieros y la confianza en él depositada, le aconsejó un producto de alto riesgo, con estipulaciones y condiciones ininteligibles y un lenguaje técnico que solo podía comprender un especialista en la materia, sin explicarle los efectos nocivos que podría suponer una bajada del euribor que ni siquiera se planteó como posibilidad, y que una vez iniciada la vigencia del contrato, al recibirse la primera de las liquidaciones negativas, la mercantil demandante manifestó al banco su voluntad de cancelar el producto, lo que fue rechazado por este último. A las anteriores consideraciones se añadió que el contrato firmado era de adhesión, con condiciones generales oscuras, inconcretas y abusivas, que fue suscrito con absoluto desconocimiento y falta de información sobre lo que se estaba contratando, ya que el banco incumplió el deber de información, y que por tanto estaba viciado de nulidad por error en el consentimiento de la mercantil demandante.

En la fundamentación jurídica de la demanda se dejaron invocados los artículos 1091, 1254, 1258, 1261, 1265, 1266, 1278 y 1281 CC, el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las

empresas de servicios de inversión, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; además se invocó el principio *rebus sic stantibus* como remedio equitativo frente al desequilibrio de las prestaciones por causas sobrevenidas, y finalmente se citó jurisprudencia de dos Audiencias Provinciales.

En la contestación a la demanda la entidad financiera demandada alegó, en síntesis, que: 1) La demandante conocía adecuadamente todos los términos del contrato al ser una sociedad con una facturación superior a los 500.000 euros que, como consta en el test de conveniencia unido al contrato de swap, estaba habituada a la contratación de productos financieros y a la negociación de sus condiciones; 2) la demandante no es un consumidor y, según se puso de manifiesto en el test de conveniencia, contaba con asesores externos; 3) en el propio contrato se hizo constar que ninguna de las partes había sido asesorada por la contraria y que asumía su propio riesgo; 4) no hubo engaño del banco y se le ofreció un producto interesante en aquel momento, y tampoco hubo maquinaciones por parte de ningún empleado del banco que indujeran a contratar. A estas consideraciones se añadió una descripción de la mecánica contractual derivada del contrato marco de operaciones y de las características de la confirmación del *swap* y se expuso que los términos del contrato eran claros, que las partes aceptaron los riesgos, debidamente expuestos al cliente previamente a la contratación, que hubo información y se pudo examinar la documentación remitida al cliente y, en fin, que mientras las liquidaciones fueron favorables no hubo ninguna queja, sino que solo cuando el cliente comprobó que el negocio no le era beneficioso fue cuando decidió librarse de sus obligaciones contractuales.

Como fundamentación jurídica de dicha contestación se adujo la inaplicabilidad de la Ley 7/1988 de Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la inexistencia de error en el consentimiento por no ser excusable, no derivar de ningún acto desconocido para la mercantil demandante y haber podido ser evitado con una mínima diligencia, como la lectura de lo que se firmaba, y se concluyó argumentando sobre la obligatoriedad del contrato válidamente celebrado y sobre los criterios aplicados por las Audiencias Provinciales en la materia.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Razonó, tras examinar la naturaleza del contrato marco de operaciones y de la confirmación del *swap*, que: 1) La entidad demandante suscribió el *swap* para cubrir los riesgos derivados de los tipos de interés en otras operaciones que mantenía con el banco en su actividad empresarial, por lo que no ostentaba la condición de consumidor y no le era aplicable la normativa protectora de consumidores y usuarios; 2) sí era aplicable al caso la normativa sobre información y transparencia impuestas por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras su modificación por la Ley 47/2007 que incorporó al ordenamiento español las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE; 3) la mercantil demandante era un cliente minorista, por lo que correspondía al banco cumplir la obligación de diligencia y transparencia manteniendo al cliente debidamente informado y, por esa razón, sorprendía la inclusión en el contrato de una cláusula en la que se declaraba que ninguna de las partes había sido asesorada por la contraria; 4) no constaba acreditado que el banco hubiera puesto en conocimiento del cliente el efectivo riesgo de la operación que estaba contratando, y el cliente no recibió más información que la contenida en el propio contrato, a pesar de que debió ser informado del riesgo de las variaciones de los tipos de interés; 5) ni en el contrato marco ni en la confirmación del *swap* se contenía información alguna sobre el aumento o disminución del riesgo derivado de la previsión de evolución de los tipos de interés, y no se había acreditado que se hubieran detallado de otra forma ni que se diera información por el banco; 6) se incumplió por el banco el deber de informar, y la información ofrecida indujo a error a la demandante sobre las posibilidades de rentabilidad del producto; 7) hubo error esencial y excusable que determinaba la nulidad del contrato.

El banco demandado reiteró en el recurso de apelación, en lo esencial, las alegaciones de su

contestación a la demanda, incidiendo en la falta de concurrencia de los requisitos determinantes de la existencia de error, a lo que añadió que la sentencia de primera instancia contradecía la teoría de los actos propios porque la mercantil demandante había contratado con anterioridad productos de igual o similar naturaleza y, además, no pretendió la nulidad del contrato hasta que las liquidaciones fueron negativas.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de la entidad financiera demandada y confirmó la estimación de la demanda. Tras examinar las características del contrato de permuta financiera, la normativa reguladora del deber de información y la doctrina jurisprudencial sobre el error en el consentimiento, se concluye en ella que no está acreditado que el banco diera la información necesaria al potencial aceptante del ofrecimiento del *swap* y que ese defecto de información produjo una visión distorsionada de la realidad que permitía apreciar error en el consentimiento. Se añade que ese error es esencial, ya que la mercantil contratante pretendía un producto que le pusiera a resguardo de las incertidumbres del mercado, y también es excusable en cuanto ha sido provocado a partir de la omisión de unos datos que para el banco era imperativo revelar, lo que le acerca al error "heteroinducido" o a la categoría del dolo.

La sentencia de segunda instancia fue impugnada por la entidad demandada "Banco de Santander, S.A." mediante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero esta Sala ha admitido únicamente el de casación. Este se formula por la vía del artículo 477.2.2 LEC y se articula en dos motivos que plantean las siguientes cuestiones:

El motivo primero, fundado en infracción de los artículos 1265 y 1266 CC , plantea, en lo esencial, que la sentencia recurrida vulnera las normas civiles relativas a la aplicación de la doctrina del error como vicio invalidante del consentimiento desarrollada en aplicación de los preceptos citados y de la jurisprudencia que los interpreta, y se argumenta sobre las siguientes cuestiones: 1) La excepcionalidad del error y el carácter restrictivo de su apreciación y, para el hipotético caso de que se estimara que estamos ante un negocio altamente especulativo, la difícil apreciación del error en contratos de operaciones de riesgo y fluctuantes; 2) la esencialidad del error y motivos de la contratación y la especial relevancia de dos elementos esenciales del *swap*, que son la dependencia del resultado del contrato de un acontecimiento aleatorio e impredecible y los beneficios y riesgos de su contratación; 3) el carácter no excusable del error, en cuanto pudo ser evitado con una diligencia debida; 4) el transcurso de un lapso temporal de ejecución del contrato, que supone el carácter no excusable del error; 5) el nexo causal entre el error -que debe provenir de hechos desconocidos por quien lo padece- y la celebración del contrato. Como conclusión de todas estas alegaciones se aduce que no concurren los requisitos del error invalidante (esencialidad, inexcusabilidad, causalidad y que recaiga sobre hechos no conocidos por quien lo sufre) sobre los que no se razona en la sentencia recurrida; que el error invalidante es excepcional y se debe acreditar plenamente su existencia, lo que no se ha hecho ni de manera indiciaria en la sentencia recurrida; y en fin, que la simple literalidad de los contratos firmados -única prueba practicada en el procedimiento- excluye el error apreciado en la sentencia.

En el motivo segundo, fundado en infracción de los artículos 78 , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo LMV), se alega que la sentencia recurrida ha vulnerado dichos preceptos al considerar que la actuación del banco recurrente no fue correcta porque debió facilitar al cliente sus previsiones razonables sobre la evolución futura de los tipos de interés que sirven de referencia al contrato, dado que la normativa MiFID -además de que de que no era de total exigencia por aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre - no lo impone, y se argumenta sobre el cumplimiento por el banco de las obligaciones de información y transparencia que imponen tanto la normativa bancaria como la normativa del mercado de valores, planteando que al presente caso le es aplicable la normativa bancaria porque el producto contratado no es un producto de inversión, que en el contrato existía una

información meridianamente clara de los posibles escenarios y consecuencias de cada uno de ellos en función de la evolución imprevisible de los tipos de interés y que existía para el banco una obligación de información y transparencia pero no de asesoramiento. Se añade a estas consideraciones que el supuesto incumplimiento de la obligación de informar al cliente en ningún momento implica la nulidad automática del contrato por error en el consentimiento y se concluye, a modo de resumen de lo planteado, que se han vulnerado los artículos 79 bis LMV y concordantes ya que: 1) la obligación de suministrar información contenida en el art. 79 bis y RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, no obliga al banco a proporcionar toda la información disponible o previsiones de posibles pérdidas; y 2) el artículo 79 bis LMV no es aplicable al caso según deriva del artículo 79 quarter LMV y de la resolución conjunta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España de 20 de abril de 2010, ya que solo le afecta la normativa bancaria y no la del mercado de valores, pues el producto contratado no es un producto de inversión.

SEGUNDO.- Las cuestiones suscitadas en ambos motivos están íntimamente relacionadas y esta Sala ya ha fijado doctrina al respecto, por lo que se examinarán de forma conjunta. El tema jurídico que se plantea es el alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo como es el *swap* y las consecuencias del incumplimiento de ese deber de información en relación con la existencia de error vicio del consentimiento, sobre lo que esta Sala se ha pronunciado en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012 (en lo sucesivo STS nº 840/2013), fijando unos criterios de enjuiciamiento que se han reiterado en las SSTS de 7 de julio de 2014, recs. 1520/2012 y 892/2012, y 8 de julio de 2014, rec. 1256/2012.

TERCERO.- Dicha doctrina -inicialmente desarrollada por la STS nº 840/2013 en el marco normativo de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (en lo sucesivo Directiva MiFID), cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (en lo sucesivo Ley 47/2007), que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008 de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (en lo sucesivo RD 217/2008)-, es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación litigiosa (16 de mayo de 2008), por lo que deben ser rechazadas, ya desde este momento, las alegaciones del motivo segundo de casación sobre la inaplicación al caso de esas normas por razones temporales. La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma -tampoco en el RD 217/2008, que entró en vigor el 17 de febrero de 2008- la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia (STS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012).

También deben ser rechazadas, sin necesidad de mayores consideraciones, las alegaciones del motivo segundo sobre la inaplicación al caso de esta normativa por razón de la naturaleza del contrato, pues se oponen a la doctrina de la citada STS nº 840/2013 y de las posteriores ya mencionadas, dado que en el anexo I de la Directiva MiFID se incluyen como instrumentos financieros, en la sección c) 4, los contratos de permuta financiera (*swaps*), cuyo sometimiento a la normativa indicada -como productos financieros complejos- no puede ser objeto de discusión tras la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011).

CUARTO.- Los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa relativos al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación

con inversores minoristas de productos complejos como el *swap* y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento, cuando estamos ante un servicio que constituye asesoramiento en materia financiera (artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L ., C-604/2011), llevaron a esta Sala a declarar que el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008), para lo que -con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, *el test de idoneidad* , en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Como se ha declarado en la reciente STS de 10 de septiembre de 2014, rec. nº 2162/2011 (en general para la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales), "*el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014* ", en la que esta Sala ya dejó dicho que la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo.

QUINTO.- La aplicación de esta doctrina al presente recurso debe partir del examen de los hechos declarados probados que, por la confirmación de los declarados como tal en la sentencia de primera instancia, se hace en la sentencia de segunda instancia aquí recurrida.

Estos hechos son los siguientes:

1. La mercantil demandante era cliente minorista (afirmación que también tiene un componente jurídico pero que no ha ido controvertido en el recurso de casación).
2. El *swap* fue ofrecido por la entidad bancaria, hecho que puede deducirse de las consideraciones efectuadas al final de fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida y que, en todo caso, esta Sala podría tener en consideración en virtud de la facultad de integración del *factum* de la que puede hacer uso (SSTS de 19 diciembre 2003 , 5 marzo , 16 junio 2004 y 19 de octubre , 3 junio 2005), ya que así se dijo en la demanda y no fue negado en la contestación, por lo que no ha sido un hecho controvertido en el litigio.
3. La entidad bancaria no informó del efectivo riesgo del negocio al cliente, que no contó con más información que la derivada del propio contrato.
4. Se hizo test de conveniencia.
5. En el contrato consta una cláusula adicional según la cual las partes manifestaban no haber sido asesoradas por la otra parte al realizar la operación y haber actuado sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos.

Conviene precisar que estos hechos se han reconocido por el banco recurrente implícitamente en la formulación del motivo segundo de casación, pues de otra forma no podrían entenderse sus alegaciones sobre la inaplicación al caso de la normativa del mercado de valores y su afirmación de inexistencia de un servicio de asesoramiento.

Por tanto, la entidad de crédito demandada ofreció el *swap* a la demandante, cliente minorista, no realizó el test de idoneidad -que era obligado ya que al comercializarse el *swap* como recomendación personalizada el servicio prestado fue de asesoramiento financiero- y no hubo información sobre el riesgo de forma adicional al contenido de las cláusulas del contrato.

En consecuencia, como se declaró en la STS de 7 de julio de 2014, rec. nº 1520/2012, lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad.

De todo lo anteriormente razonado se sigue que el recurso debe ser desestimado, y no pueden aceptarse sus alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error, tesis que cede - como en definitiva se ha considerado en la sentencia recurrida- ante la presunción, derivada del incumplimiento del deber de información, razón por la que en dicha sentencia se habla de "*error heteroinducido*" por la omisión de poner de manifiesto al cliente el riesgo real de la operación, ni tampoco sus alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Por otra parte, el hecho de que el contrato llevara ejecutándose un año cuando se interpuso la demanda es irrelevante atendida la doctrina que ha quedado expuesta, pues el banco recurrente no alega, ni se recoge en la sentencia recurrida, hecho alguno acaecido durante ese año de ejecución del contrato que hubiera podido tener efectos enervantes del error padecido en el momento de la contratación sobre un elemento esencial del mismo como es el verdadero riesgo asumido.

No está de más añadir -puesto que la entidad financiera realizó un test de conveniencia- que nada relevante aporta su contenido, pues lo único que deriva de él es la nula experiencia previa del cliente en productos financieros complejos, por lo que, en ningún caso, pudo servir de justificación para el incumplimiento por el banco del deber de información mediante el test de idoneidad previo a la contratación.

SEXTO.- Conforme al artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas a la parte recurrente, que además, conforme a lo previsto en el apartado 9 de la disposición adicional 15ª LOPJ, perderá el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación procesal de "Banco de Santander, S.A." contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2011 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación nº 169/2011.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente, que además perderá el depósito constituido. Esta sentencia es firme.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.