



Roj: **STS 395/2022 - ECLI:ES:TS:2022:395**

Id Cendoj: **28079110012022100091**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2022**

Nº de Recurso: **1066/2019**

Nº de Resolución: **107/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 107/2022

Fecha de sentencia: 09/02/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1066/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1066/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 107/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 9 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm.



2 de Rubí. Es parte recurrente la entidad Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones S.A. (TAFECOSA), representada por el procurador Vicente Ruigomez Muriedas y bajo la dirección letrada de Xavier Abat Casas. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de Santiago García Carrillo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Nuria Antón Martínez, en nombre y representación de la entidad Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Rubí, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"Se declare la nulidad de los contratos de "swaps" celebrado entre las partes, y en concreto de los siguientes contratos: Contrato marco de operaciones financieras de fecha 28/7/2004, Confirmación de permuta financiera de tipo de interés de fechas 28/7/2004, 11/02/2005, 19/05/2006, 26/01/2007, 11/04/2008 y Confirmación de opciones de tipo interés collar de fecha 11/04/2008 y las consiguientes renovaciones hasta el vencimiento previsto para el 15 de abril de 2012, y se condene a Banco Santander S.A. a indemnizar a mi principal en la cantidad de 934.684,01€ (novecientos treinta y cuatro mil seiscientos ochenta y cuatro euros con un céntimo), reclamación de importe pendiente de recuperar, e imponiendo a la citada demandada el pago de los intereses pertinentes y las costas procesales".

2. El procurador Jaime Paloma Carretero, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento".

3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Rubí dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Nuria Antón Martínez, en nombre y representación de Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. contra Banco Santander.SA, absuelvo a este último de los pedimentos de la demanda, condenando en costas al demandante".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante sentencia de 28 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Rubí en fecha 8 de marzo de 2017 en el procedimiento del que derivan las presentes actuaciones que ha de ser confirmada.

"Las costas que derivan de la apelación son a cargo de la apelante.

"Con pérdida del depósito consignado".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. El procurador Ignacio Marsal Ros, en representación de la entidad Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A., interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Al amparo de lo dispuesto en el Artículo 469.1.2.º de la LEC, por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia contenida en el artículo 218.1 de la LEC.

"2º) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1º.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración en el proceso civil del derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, al existir defectos en la apreciación y valoración de la prueba causantes de una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva".



El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por existir infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, con infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error en el consentimiento prestado, en concreto, de las sentencias del Tribunal Supremo 89/2018 de 19 de febrero, 10/2017 de 13 de enero, 243/2017 de 20 de abril, 503/2016 de 19 de julio, 6912/2016 de 23 de noviembre, 769/2014 de 12 de enero de 2015 y 676/2015 de 30 de noviembre, así como por incorrecta aplicación de las sentencias 264/2018 de 9 de mayo y 524/2018, de 24 de septiembre".

2. Por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, 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 Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones S.A. (TAFECOSA), representada por el procurador Vicente Ruigomez Muriedas; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 7 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de noviembre de 2018, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 691/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 761/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Rubí, con imposición de sus costas a la recurrente, que perderá el depósito constituido.

"2.º) Admitir el recurso de casación formulado por dicha parte litigante contra la indicada sentencia, y abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander 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 3 de febrero de 2022, 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, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. (TAFECOSA) es una sociedad dedicada a la adquisición y construcción de inmuebles. Esta sociedad concertó con Banco Santander un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 28 de julio de 2004, al amparo del cual contrató ese mismo día una permuta financiera de tipos de interés, que venció 29 de julio de 2005.

También contrató otras tres permutas financieras en las siguientes fechas: 11 de febrero de 2005, 19 de junio de 2006 y 26 de enero de 2007. Estas tres permutas financieras se cancelaron anticipadamente los días 19 de mayo de 2006, 26 de enero de 2007 y 11 de abril de 2008, respectivamente.

Finalmente, TAFECOSA contrató otras dos operaciones el día 11 de abril de 2008, una permuta financiera de tipos de interés y una confirmación de opciones de tipos de interés collar, que vencieron los días 30 de enero y 16 de abril de 2012, respectivamente.

En relación a estas dos últimas operaciones financieras, no consta acreditado que el banco hubiera suministrado una información previa a la concertación de estos productos, ni tampoco que se hubiera cumplimentado el test de conveniencia o, en su caso, el de idoneidad.

A partir de 2009, con la brusca caída de los tipos, los representantes de TAFECOSA se quejaron al banco y aunque se ofrecieron renegociaciones, no fueron aceptadas.

2. TAFECOSA, mediante la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento, en el curso del cual estamos ahora conociendo del recurso de casación, solicitó la nulidad del CMOF y de los contratos de permuta financiera de tipos de interés de fechas 28 de julio de 2004, 11 de febrero de 2005, 19 de junio de 2006, 26 de enero de



2007 y 11 de abril de 2008, así como de la confirmación de opciones de tipos de interés collar de 11 de abril de 2008. La nulidad se fundaba en que fueron concertados con error vicio en el consentimiento, consecuencia del defecto de información recibida. También pedía la restitución de prestaciones. En concreto, pedía la condena del banco a restituir 934.684,01 euros.

3. La sentencia de primera instancia apreció la excepción de caducidad de la acción y desestimó la demanda.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida por la parte demandante. La Audiencia desestima el recurso. Por una parte, confirma la caducidad de la acción de nulidad de las permutas financieras de 28 de julio de 2004, 11 de febrero de 2005, 19 de junio de 2006, 26 de enero de 2007.

Y en cuanto a las dos operaciones financieras concertadas en abril de 2008, computa el plazo de cuatro años desde que vencieron, en enero y abril de 2012, y concluye que el plazo de cuatro años no se habría cumplido si se comienza a computar desde entonces.

Luego entra a analizar la acción de nulidad por error vicio respecto de estas dos operaciones. Si bien entiende que no consta acreditado el cumplimiento de los deberes de información con carácter previo a la contratación de cada uno de estos dos productos financieros, y por ello cabría presumir el error vicio, entiende acreditado que no existió error, pues quien contrató por la demandada era conocedora del producto y sus riesgos.

La sentencia expone la jurisprudencia sobre los deberes de información previa a la contratación de productos financieros complejos, y parte de la consideración de que la demandante tenía la condición de inversor minorista. A partir de aquí, al valorar la prueba, hace las siguientes consideraciones:

"En el presente caso, como ya se ha dicho no hay prueba que se diera cumplimiento al deber de información y tampoco se ha acreditado que se cumplimentaran los test de conveniencia y/o idoneidad. Asimismo tampoco hay prueba directa que los administradores de la sociedad tuvieran formación en materia de inversión. Ciertamente, todo ello podría llevar a presumir la existencia de error vicio en el consentimiento que es lo que invoca la demandante como causa de nulidad pero no puede obviarse que esa presunción no impide que pueda acreditarse conocimiento de las características y riesgo del producto por parte del cliente en el momento de la contratación (SSTS 20 de enero de 2014) que es lo se aprecia en el presente caso en relación a los contratos swap respecto de los cuales la acción de nulidad no ha caducado. La contratación de diversos swap, las cancelaciones anticipadas y las sucesivas contrataciones de otros así como las no pocas liquidaciones negativas que se ya se iniciaron puntualmente en el año 2006 y se reiteraron en enero del 2008 y los términos de la carta que la administradora de Tafecsa hizo llegar a Banco de Santander el 30 de octubre de 2012, nos llevan a esta conclusión. (...)

"En el caso que se examina, la gerente de empresas y directora de la oficina de empresas de Banco de Santander al comparecer como testigo ha explicado que se llevaba una gestión individualizada con ese grupo empresarial junto con especialista del departamento de tesorería porque eran buenos clientes. Se mantenían reuniones se negociaban y renegociaban los productos, se analizaban y explicaban las evoluciones.... Reconoció que a partir de 2009, con la brusca caída de los tipos, el cliente se quejó se ofreció renegociación que ya no fue aceptada, se concedió préstamo para cubrir liquidaciones negativas e incluso se ofrecieron 173.000€; que el banco aceptaba asumir por la importancia del cliente.

"De todo ello no hay más prueba que la declaración de esta empleada. No obstante, los términos de la carta que el día 20 de octubre de 2012 la administradora de la sociedad hizo llegar al departamento de riesgos de Banco de Santander (f. 23) resulta especialmente relevante para llegar a la conclusión de que efectivamente al contratar los dos swaps suscritos en el 2008 los órganos de gestión conocimiento tenían conocimiento (sic) del producto. Esta carta fue enviada cuando ya habían vencido los dos últimos swaps y después de haber satisfecho las liquidaciones negativas que de forma continuada tuvieron lugar desde el 2009 (f. 131). Pues bien, en esta carta la administradora Sra. Julia se refiere a la reunión que días antes había mantenido con los destinatarios para tratar el tema de "la desproporción entre los riesgos y los swaps y derivados" que tenían suscritos con su entidad. Aludía a su condición de avalista de otras sociedades del grupo y al riesgo que le correspondía (lo fijaba en 500.000€;) en una póliza de descuento de 6.000.000€ conjunta para otras tres sociedades del grupo y la desproporción entre ese riesgo con las coberturas de los dos swaps, uno por 3.000.000€; y el otro de 6.000.000€. Y tras esta exposición solicitaba que "consideren la aplicación de nuevos tipos, siempre al alza, de las renovaciones anuales de dicha póliza: por a nuestro entender estar cubiertos con las repetidas coberturas de interés".

"Ninguna queja en relación al funcionamiento del swap ni a la propia existencia de liquidaciones negativas lo que no sería impensable de no haber tenido conocimiento del funcionamiento del producto que de nuevo en 2008 había contratado y del propio riesgo de la existencia de liquidaciones negativas en caso que bajaran los tipos de interés. Ni tan siquiera se alude a un engaño u ocultación (dolo) de las previsiones por parte del



Banco de Santander que en este procedimiento se alega también como causa de nulidad sin prueba que lo justifique. La única queja es la desproporción entre el pretendido menor riesgo asumido por la sociedad y el nominal de los swaps y todo ello con la petición que se reconsidere el alza de los tipos de la póliza conjunta".

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido, y recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código civil en relación con la jurisprudencia sobre el error en el consentimiento prestado (sentencias del Tribunal Supremo 89/2018, de 19 de febrero, 10/2017, de 13 de enero, 243/2017, de 20 de abril, 503/2016, de 19 de julio, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 676/2015, de 30 de noviembre).

Muy especialmente se denuncia la infracción de las sentencias 264/2018, de 9 de mayo y 542/2018, de 24 de septiembre, porque la sentencia recurrida llega a la conclusión de que existía conocimiento del producto swap en abril de 2008 a partir de la valoración de: i) la existencia previa de contratación de diversos swaps, de cancelaciones anticipadas y sucesivas contrataciones de otros, ii) de la existencia de liquidaciones negativas, y iii) de los términos de una carta que TAFECSA hizo llegar a Banco Santander el 30 de octubre de 2012.

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

2. *Estimación del motivo.* La adquisición de estos dos productos financieros complejos, una permuta financiera de tipos de interés y una confirmación de opciones de tipos de interés collar, data de abril de 2008, cuando ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MiFID.

Como hemos recordado en otras ocasiones, constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 de la Ley 24/1988, del Mercado de valores (en adelante, LMV), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales 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. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información 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 [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre].

3. *Los test conveniencia e idoneidad.* Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes:

i) Cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado *test de conveniencia*, regulado en el art. 79bis. 7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008, de 15 de febrero.

ii) Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado *test de idoneidad*, regulado en el art. 79bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero.

4. No consta acreditado en la instancia que Banco Santander hubiera calificado al cliente, conforme al art. 79 LMV, como inversor profesional, razón por la cual debemos partir de la consideración de que se trataba de un cliente minorista.

Por ello, Banco Santander estaba obligado a suministrar, con carácter previo a la contratación de estos dos productos financieros complejos, una información clara y comprensible al cliente (TAFECSA) que permitiera conocer los riesgos concretos de estos productos, y realizar los correspondientes test de conveniencia o de idoneidad, en su caso.

Como reconoce la sentencia de recurrida, no hay constancia de que se hubiera realizado el test de conveniencia, ni de que hubiera habido una información precontractual formalizada documentalmente de forma satisfactoria.



De tal forma que no queda acreditado que el banco hubiera cumplido con los deberes de información del art. 79 bis.3 LMV, aplicable al caso.

5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como la permuta financiera de tipos de interés y la confirmación de opciones de tipos de interés collar contratadas por la sociedad recurrente, 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.

Es jurisprudencia constante de esta sala 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).

De este modo, en nuestro caso, opera la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación de los swaps (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir de finales de 2009, con la drástica caída de los tipos de interés).

Y la cuestión controvertida gira en torno a si concurren otras circunstancias que desvirtúen esta presunción.

6. *Análisis de los precedentes invocados por la sentencia recurrida.* La sentencia recurrida invoca dos sentencias de esta sala (sentencias 264/2018, de 9 de mayo, y 524/2018, de 24 de septiembre), cuya doctrina el recurrente aduce ha sido indebidamente aplicada.

En la sentencia 264/2018, de 9 de mayo, en un supuesto en que tampoco constaba que hubiera habido información precontractual que cumpliera con las exigencias del art. 79bis.3 LMV, entendimos que la presunción de error quedaba desvirtuada porque las circunstancias en que se había contratado ponían en evidencia que quienes intervinieron en representación del cliente, tenían experiencia profesional en la adquisición de estos productos, y conocían sus riesgos cuando los adquirieron:

"En este caso, es importante no perder de vista el importe de la financiación del proyecto empresarial de energía eólica, superior a 13 millones, que hace que no sea extraña la contratación de este tipo de productos financieros. Eso justifica la contratación del primer swap, en enero de 2005, por un importe de 10 millones de euros. Ese swap se canceló al año y se sustituyó por otro que a su vez se canceló y se sustituyó por otro, al año siguiente, y así se encadenaron cinco swaps, el último de los cuales es ahora objeto de controversia. Los swaps anteriores y sus liquidaciones muestran como el banco y el cliente fueron adaptando a las situaciones del mercado el tipo de permuta financiera que podía serle más favorable, sin perjuicio de que la bajada de los tipos hiciera aflorar liquidaciones negativas, sobre todo en el segundo (2006) y en el cuarto swap (2008). Pérdidas que corroboran que el cliente, antes de contratar, conocía este riesgo de pérdidas".

Y la sentencia 524/2018, de 24 de septiembre, también concluyó "que no se contrató con error vicio y que los administradores de las demandantes tenían conocimiento de lo que contrataban y de sus riesgos, en atención a la experiencia derivada de la previa contratación de esta clase de productos financieros así como del otorgamiento de fianzas en garantía de los resultados negativos de algunos de esos swaps, lo que corrobora que, antes de contratar los swaps que ahora se impugnan, conocían el riesgo de pérdidas". Constaba "probado en la instancia que las partes contrataron swaps desde 2006, antes de los swaps que se impugnan, de modo que los swaps anteriores y sus liquidaciones muestran cómo el banco y las empresas del grupo fueron adaptando a las situaciones del mercado el tipo de permuta financiera que podía serle más favorable, sin perjuicio de que la bajada de los tipos hiciera aflorar liquidaciones negativas".

7. *Análisis del presente caso.* En el presente supuesto, aunque los dos swaps de abril 2008 vienen precedidos de otras contrataciones de swaps, las posibles liquidaciones negativas y sus reajustes no prueban



necesariamente que la administradora de TAFECSA fuera conocedora de los perjuicios que podían generarse en caso de una bajada drástica de tipos de interés, como los que de hecho ocurrieron a partir de 2009. Prueba de ello son las quejas que formuló a las gestoras del banco cuando se produjo la bajada drástica de tipos de interés en 2009. Por otra parte, de la carta enviada por la administradora de TAFECSA al banco, de la que extracta algunos párrafos la sentencia recurrida, no se extrae que ella tuviera un conocimiento de los concretos riesgos de pérdidas que podrían llegar a generarse, cuando se contrataron los swaps en abril de 2008.

La previa experiencia en la contratación de swaps en algún caso puede poner en evidencia el conocimiento del producto y de los riesgos que entraña su contratación, pero en otros caso no, porque la sucesiva contratación y cancelación pueda ser debida a una "huida hacia delante", o porque aunque, como es el caso, hubiera habido ajustes, por los resultados habidos hasta entonces, en que todavía no había llegado la bajada drástica de tipos de interés que ocurrió en 2009, no se hubieran puesto de manifiesto los riesgos que esa bajada drástica podía derivar para quien contrataba las permutas financieras. Por eso, en un contexto en que no queda acreditado que se hubiera prestado información previa por parte del banco sobre los riesgos concretos de la contratación de estos dos productos, ni que se hubiera realizado el test de conveniencia, en este caso la presunción de error no queda desbaratada por la serie de permutas financieras contratadas en los años previos a 2008, ni los reajustes que hubiera podido ofrecer el banco y aceptar su cliente, ahora demandante.

De este modo, en este caso, el hecho de que estos swaps fueran el sexto y el séptimo que contrataban con la misma entidad financiera de forma sucesiva, no es suficiente para contradecir la presunción de que cuando contrató no se representó bien los riesgos que conllevaban los dos productos financieros. La experiencia derivada de las previas permutas financieras no es suficiente porque, a la vista de sus liquidaciones, no se aprecian pérdidas muy relevantes que afloraran el grave riesgo que conllevaba la bajada de los tipos de interés, sin que concurren otras circunstancias que pusieran en evidencia que el cliente sí era consciente de ese riesgo.

8. El error sobre los eventuales riesgos del producto afectan a elementos esenciales y es relevante. La apreciación del 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.

En consecuencia, estimamos el recurso de casación y, al asumir la instancia, por lo ya argumentado declaramos la nulidad de la contratación de la confirmación de permuta financiera de tipos de interés y la confirmación de opciones de tipos de interés collar concertadas entre las partes el día 11 de abril de 2008. La nulidad comporta la restitución recíproca de las prestaciones generadas por ambos contratos.

Este pronunciamiento supone estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante, y también la estimación en parte de la demanda.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La estimación en parte del recurso de apelación conlleva que tampoco proceda hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. Estimadas en parte las pretensiones contenidas en la demanda, no procede imponer a ninguna de las partes las costas generadas en primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) de 28 de noviembre de 2018 (rollo 691/2017), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Rubí de 8 de marzo de 2017 (juicio ordinario 761/2015), que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte la demanda interpuesta por Talleres Almacenes y Fabricados de Construcciones, S.A. contra Banco Santander, S.A. y declarar la nulidad por error vicio de la confirmación de permuta financiera de



tipos de interés y la confirmación de opciones de tipos de interés collar concertadas entre las partes el día 11 de abril de 2008, y ordenar la recíproca restitución de las prestaciones generadas por ambos contratos.

4.º No hacer expresa condena por las costas generadas en primera instancia, ni tampoco con ocasión de los recursos de apelación y de casación.

5.º Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ