



Roj: **STS 2675/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2675**

Id Cendoj: **28079110012022100511**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2022**

Nº de Recurso: **2909/2019**

Nº de Resolución: **507/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2118/2019,**  
**STS 2675/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 507/2022**

Fecha de sentencia: 28/06/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2909/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2909/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 507/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 28 de junio 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 11.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona como consecuencia de los autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona. Es parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Ignacio López Chocarro y bajo la dirección letrada de Miguel Zamorano Balmaseda. Es parte recurrida la entidad Arcadia de Pals S.L., representada por la procuradora Myriam Álvarez del Valle Lavesque y bajo la dirección letrada María José Moreno Humet.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Sergi Bastida Batlle, en nombre y representación de la entidad Arcadia de Pals S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, para que se dictase sentencia acordando lo siguiente:

"1º) Declarar la nulidad de la operación financiera swap de tipos de interés celebrada entre las partes el 25 de abril de 2008.

"2º) Declarar que procede la restitución recíproca de las prestaciones abonadas, y en su consecuencia, condenar a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 83.690,05€ más los intereses legales procedentes.

"3º) Condenar a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"íntegramente desestimatoria de dicha demanda con expresa condena en costas a la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona dictó sentencia con fecha 4 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimo la demanda promovida por Arcadia Pals S.L. contra BBVA S.A. Se imponen las costas procesales a la parte demandante".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Arcadia de Pals S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 11.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante sentencia de 28 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por Arcadia de Pals, S.L. contra la Sentencia dictada en fecha 4 de julio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Barcelona, la cual se revoca y estimando la demanda y se declara la nulidad del contratos de autos, de fecha 25/04/2008, por error invalidante del consentimiento, condenando a la recíproca restitución de las prestaciones abonadas , condenando a la demandada a satisfacer 83.690,05 euros, más los intereses legales e imponiendo las costas de la instancia a la demandada y sin expresa imposición de las de ésta alzada".

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

1. El procurador Ignacio López Chocarro, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 11.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 218.1 LEC y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

"2º) Infracción del art. 24 CE, al incurrir la sentencia en error patente y notorio e incurrir en arbitrariedad en la apreciación y valoración de la prueba".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"1º) Al amparo del artículo 477.2º.3 LEC por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa al perfil y experiencia del contratante para entender y comprender los riesgos del producto. inaplicación de la presunción sobre falta de información para la operatividad del error vicio en profesionales con experiencia en productos financieros. Oposición a la jurisprudencia de la sala relativa a la presunción iuris tantum de la validez de los contratos y el carácter excepcional de los vicios en el consentimiento. Infracción de los art. 1.261, 1.265 y 1.266 CC.

"2º) Al amparo del artículo 477.2.3 LEC, por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de la sala respecto a los requisitos de la nulidad contractual por vicio en el consentimiento causado por error e improcedente equiparación entre el incumplimiento deberes de información y error vicio. infracción de las normas contenidas en los artículos 1.265 y 1.265 CC".

2. Por diligencia de ordenación de 3 de mayo de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.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 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Ignacio López Chocarro; y como parte recurrida la entidad Arcadia de Pals S.L., representada por la procuradora Myriam Álvarez del Valle Lavesque.

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

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de febrero de 2019, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, en el rollo de apelación n.º 982/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 326/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Arcadia de Pals S.L. presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de junio 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.

El 25 de abril de 2008, Arcadia de Pals, S.L. concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) una permuta financiera de tipos de interés, por un nominal de 1.070.000 euros, con una duración de cuatro años. El swap se concertó para cubrir los riesgos de variabilidad del tipo de interés de un préstamo hipotecario concedido por esa entidad al administrador de Arcadia de Pals, S.L. ( Florian ) y a Gonzalo , por el mismo importe de 1.070.000 euros.

Arcadia de Pals, S.L. es una sociedad con dos socios, Bárbara y Florian , este último era administrador de la compañía.

Florian , además de abogado que se presentaba como experto en derecho bancario, era agente bancario de BBVA desde el 30 de junio de 2001.

La primera liquidación de la permuta financiera, el 31 de julio de 2008, ya fue negativa. Tras sucesivas liquidaciones negativas, en diciembre de 2011, el Sr. Florian requirió a la entidad demandada para que le informara sobre los gastos de cancelación anticipada del swap, y, el 16 de diciembre de 2011, BBVA contestó que el coste en ese momento era de 8.214 euros.

2. Arcadia de Pals, S.L. interpuso una demanda contra BBVA en la que pedía la nulidad de la permuta financiera de 25 de abril de 2008 por error vicio, consecuencia de la falta de información previa sobre las características de los productos financieros contratados y sus concretos riesgos. También pedía que, como consecuencia de la recíproca restitución de prestaciones, se condenara a BBVA a pagar a la sociedad demandante 83.690,05 euros, más los intereses correspondientes.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender caducada la acción, pues, en el mejor de los casos, el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC debía comenzarse a computarse el 16 de diciembre de 2011, y la demanda fue presentada el 27 de abril de 2016.



4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso y, con ello, la demanda. En primer lugar entiende que, conforme a la jurisprudencia, en el caso de permutas financieras, el contrato se entiende consumado con su conclusión, que este caso era el 30 de abril de 2012.

Luego, entra a analizar los presupuestos de la acción de nulidad y aprecia su concurrencia. Como la demandante era una inversora minorista, el banco estaba obligado a suministrar información suficiente sobre el funcionamiento del producto financiero y sus concretos riesgos, así como su coste de cancelación. Al no entender acreditado que el cliente recibiera esa información, aprecia el error vicio en el consentimiento, sin que sea óbice para ello que el Sr. Florian fuera agente del BBVA. Argumenta que "según el anexo a su contrato el producto de autos no estaba incluido en el listado de las operaciones que podía realizar, por lo que no puede presumirse un conocimiento o formación al respecto, como tampoco puede deducirse de que los socios de la actora fueran abogados (...), lo que sin más no les otorga formación sobre el producto de autos".

5. Frente a la sentencia de apelación, BBVA formula recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en dos motivos, y recurso de casación, sobre la base de dos motivos.

#### **SEGUNDO.** *Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por la infracción del art. 218.1 LEC y de la jurisprudencia que lo desarrolla. La sentencia recurrida habría incurrido en incongruencia respecto del motivo de apelación esgrimido en el recurso de apelación interpuesto por Arcadia de Pals. El recurso alegó como motivo de apelación que la sentencia de primera instancia había infringido el art. 218 LEC, por falta de motivación. La sentencia de apelación, pese a entender que no había incongruencia porque la sentencia había dado contestación a lo pretendido, vuelve a valorar la prueba y estima la acción.

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

2. *Desestimación del motivo primero.* La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al apreciar la caducidad de la acción de nulidad por error vicio. Con ello no entró a analizar si concurrían en este caso los presupuestos de la acción ejercitada. De tal forma que el recurso de apelación impugnó primero la apreciación de la caducidad de la acción.

La sentencia de apelación, dentro del ámbito de conocimiento marcado por el art. 465.5 LEC, se pronuncia sobre esta cuestión y concluye que está erróneamente apreciada la caducidad de la acción, porque el comienzo del cómputo, conforme a la jurisprudencia, debía situarse el día 30 de abril de 2012, en que concluyó la vigencia de la permuta financiera. La consecuencia de la estimación de este motivo de apelación es entrar a analizar la acción ejercitada de nulidad por error vicio, lo que no había hecho la sentencia de primera instancia al apreciar la caducidad de la acción.

Subyace al planteamiento de este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal un error de planteamiento: atribuir al recurso de apelación la misma naturaleza que al recurso de casación y al extraordinario por infracción procesal, y exigir el mismo tratamiento, cuando son distintos.

El recurso de casación es un recurso extraordinario que sólo puede basarse en determinados motivos, y es al hilo de cada uno de esos motivos y ceñidos a lo que constituye su objeto, que el tribunal de casación puede entrar a conocer de las cuestiones jurídicas suscitadas. Por su parte, el recurso extraordinario por infracción procesal, como su nombre indica, también goza de este carácter excepcional, en cuanto que se ha de basar en determinadas infracciones procesales, tipificadas en la ley procesal.

El recurso de apelación es un recurso ordinario, que permite volver a revisar plenamente todas las pretensiones, con sus aspectos fácticos y jurídicos, planteadas en la demanda, así como todas las objeciones y excepciones que conformaban el objeto litigioso en primera instancia. Sólo está limitado por las cuestiones que hubieran quedado al margen del debate por el recurso de apelación.

En un supuesto como el presente, en que la desestimación de la demanda vino motivada por la estimación de la excepción de caducidad de la acción; si la Audiencia, al examinar el recurso de apelación, aprecia que la sentencia de primera instancia incurrió en un error respecto del comienzo del cómputo del plazo de caducidad, y por ello la acción no estaba caducada, como consecuencia de lo anterior puede entrar a analizar la procedencia de la nulidad pretendida sin incurrir en incongruencia.

#### **TERCERO.** *Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo segundo.* El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al incurrir la sentencia recurrida en error patente y notorio, o en arbitrariedad, al valorar la prueba.

El error se refiere a la conclusión alcanzada sobre la experiencia y el perfil del contratante, administrador de la demandante, Sr. Florian ; así como sobre la información que le fue suministrada. La Audiencia, por una parte, cataloga al Sr. Florian de cliente normal sin formación especial en esta materia, cuando consta que era agente bancario de BBVA, abogado especializado en derecho mercantil, inversiones extranjeras y derecho bancario, y administrador de varias sociedades. Y, por otra, entiende que el banco no informó a la demandante sobre el producto y sus riesgos, cuando consta documentalmente que se le remitió un correo electrónico el 25 de abril de 2008 con una propuesta que contenía diferentes escenarios de la operación, y existe una transcripción telefónica del cierre de la operación, en la que se indican los diferentes escenarios que podían sucederse con la contratación, e información sobre la cancelación del producto.

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

**2. Desestimación del motivo.** El análisis y la resolución del motivo se enmarca en la doctrina de esta sala sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, que se contiene, entre otras, en la sentencia 334/2016, de 20 mayo:

"(...) aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero ), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados".

Los dos errores en la valoración de la prueba tienen que ver con el perfil del administrador de Arcadia de Pals, S.L. y con la información recibida.

En cuanto al error en la valoración referido al perfil del contratante (el administrador de Arcadia de Pals, S.L.), el error denunciado no afecta propiamente a la valoración de la prueba para la determinación de los hechos, sino a su valoración jurídica. La Audiencia no ha obviado que el Sr. Florian fuera agente bancario del BBVA, pero le ha negado transcendencia en este caso porque, según refiere la sentencia, esa condición no le había reportado experiencia en la contratación de permutas financieras, porque este producto contratado no estaba incluido en el anexo de las operaciones para las que estaba habilitado. Lo que en realidad se impugna es la valoración jurídica realizada por la sentencia acerca de la experiencia del contratante que justificara la escasa información recibida. Valoración respecto de la que se puede disentir, pero no es absurda ni incurre en error notorio.

En cuanto al error sobre la información recibida, la sentencia parte de la consideración de que debería ser la apelada (BBVA) la que probara "que cumplió con su obligación de informar extremando su diligencia y ello no puede entenderse ni acreditado ni observado, a la vista de lo actuado (...), dado el resultado de la prueba practicada". Y añade, "con la documentación que obra en autos no puede un cliente normal y sin una formación especial y sin una formación especial en este producto (...) comprender con claridad el alcance de lo firmado, no constando debidamente que verbalmente fuera suficientemente informado". La sentencia, en realidad, lleva a cabo una valoración jurídica de la suficiencia de la información y, aunque no cite expresamente el correo electrónico de 25 de abril de 2008 y la transcripción telefónica, se refiere genéricamente a la documentación aportada y lo que concluye es que era suficiente para que el demandante pudiera conocer el producto y sus riesgos, incluido el coste de cancelación. De tal forma que, como en el caso anterior, lo que se impugna es una valoración jurídica, que en todo caso debería plantearse en casación.

#### **CUARTO.** *Motivos primero y segundo del recurso de casación*

**1. Formulación de los motivos primero y segundo.** El motivo primero denuncia la infracción de los arts. 1261, 1265 y 1266 CC, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el perfil y experiencia del contratante para entender y comprender los riesgos del producto. A juicio del recurrente, la sentencia recurrida no tiene en cuenta el perfil de experto y la experiencia en productos financieros del Sr. Florian , que fue quien contrató el producto financiero por la sociedad demandante, y que impedirían la apreciación del error vicio.

Se refiere también a la "inaplicación de la presunción sobre falta de información para la operatividad del error vicio en profesionales con experiencia en productos financieros" y a la "oposición a la jurisprudencia (...) relativa a la presunción iuris tantum de la validez de los contratos y el carácter excepcional de los vicios del consentimiento".

El motivo segundo denuncia la infracción del arts. 1265 y 1266 CC, en relación con la jurisprudencia sobre los requisitos de la nulidad contractual por vicio en el consentimiento causado por error y la improcedente equiparación entre el incumplimiento de los deberes de información y el error vicio.



En el desarrollo del motivo reitera que la sentencia recurrida aplica incorrectamente los arts. 1265 y 1266 CC porque equipara el incumplimiento del deber de información con el vicio en el consentimiento causado por error.

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

**2. Estimación de los motivos primero y segundo.** La estrecha conexión de ambos motivos justifica su tratamiento conjunto.

En la medida en que Arcadia de Pals, S.L. tenía la consideración de inversor minorista, regían las exigencias de información para la contratación de productos financieros complejos, como es una permuta financiera, conforme a la normativa entonces vigente, en concreto el art. 79 bis LMV.

La permuta financiera de tipos de interés fue concertada el 25 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 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras 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.** En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos:

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

Por ello, la entidad financiera demandada (BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Arcadia del Pals, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, incluidos los derivados de la cancelación anticipada.

**4.** La Audiencia, a la vista de la prueba practicada, fundamentalmente documental, realiza una valoración jurídica sobre la insuficiencia de la información suministrada para cumplir con las reseñadas exigencias derivadas del art. 79 bis LMV, y que tienen su reflejo en la apreciación del error vicio. Es este juicio o valoración jurídica la que se impugna en el recurso de casación.

Entre la prueba valorada por la Audiencia, aunque de forma genérica mediante la referencia a la documental aportada, se encuentra la grabación, y su transcripción, de la conversación telefónica que el empleado del BBVA tuvo con el Sr. Florian el 25 de abril de 2008, así como el correo electrónico que se le había remitido antes al Sr. Florian con los datos del producto financiero.

La grabación de la conversación telefónica permite conocer cómo discurrió, sus pormenores, y en qué consistió la información suministrada, así como su duración (15 minutos).

El contenido de la conversación muestra que esa conversación venía precedida de otras, en días anteriores, y de una previa oferta que ahora se retocaba. Al comienzo, expresamente se le advierte al cliente que, en relación con lo hablado previamente, se empeoraba un poco el producto, en cuanto que cambiaba la barrera, ya no era 3,95% sino 4,00% y además la penalización máxima pasaba a ser de 1 punto a 1,20 puntos, de tal forma que si antes como máximo pagaría 4,95%, ahora como máximo pagaría 5,20%. Este escenario más perjudicial se reitera varias veces a lo largo de la conversación, en cuanto que se explica cuándo operaría y cómo.

Las explicaciones, en la medida de lo posible eran didácticas, dentro de la propia complejidad del producto, y se realizaban en forma de diálogo, aunque el Sr. Florian generalmente se limitara a asentir. Con relativa frecuencia, el empleado del banco remarcaba la conclusión y recababa del cliente la confirmación de si lo había entendido y estaba de acuerdo. Dentro de estas explicaciones se encontraban las relativas a la duración del producto, cuatro años, la facultad del banco de cancelarlo al año y por qué, así como la posibilidad que tenía



el cliente de cancelarlo antes de los cuatro años, mediante el pago del coste de cancelación, que se calcularía de acuerdo con el valor de mercado del producto.

La información suministrada cumple el estándar que establecía el art. 79 bis.3 LMV, si tenemos en cuenta que el Sr. Florian era agente bancario del BBVA y abogado que se presentaba como experto en derecho bancario y mercantil.

Es relevante esta condición de agente bancario y abogado experto en derecho bancario, aunque en el anexo no figurara la contratación de estos productos financieros complejos, al ponerla en relación con el contenido de la información suministrada, que con carácter general se aprecia suficiente para que alguien con el perfil del Sr. Florian pudiera conocer en qué consiste el producto, cómo opera, y sus riesgos, tanto los derivados de la bajada del Euribor y las liquidaciones periódicas, como el coste de la cancelación.

5. El cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información tiene una incidencia relevante sobre la apreciación del error vicio denunciado en la demanda, a la vista de la jurisprudencia de esta Sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

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

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

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

Como hemos visto antes, en nuestro caso, la información suministrada, a la vista del perfil del Sr. Florian , era la que razonablemente podía considerarse que necesitaba el cliente para la contratación de la permuta financiera, y en concreto lo relativo a los riesgos que conllevaba el producto financiero. Si, a pesar de eso, el Sr. Florian no hubiera acabado de representarse un escenario totalmente contrario, ese error sería inexcusable a la vista de la información recibida y su propio perfil.

6. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y, por las mismas razones desestimar el recurso de apelación.

#### **QUINTO. Costas**

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente, de conformidad con el art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. 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.

3. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por Arcadia de Pals, S.L. se le imponen las costas generadas por su recurso ( art. 398.1 LEC).

4. Desestimadas las pretensiones de la demandante, se confirma la imposición de las costas ocasionadas 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** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) de 28 de febrero de 2019 (rollo 982/2017).

**2.º** Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) de 28 de febrero de 2019 (rollo 982/2017), que modificamos en el siguiente sentido.

**3.º** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Arcadia de Pals, S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona de 4 de julio de 2017 (juicio ordinario 326/2016).

**4.º** Imponer a BBVA las costas generadas por el recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

**5.º** No hacer expresa condena respecto de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

**6.º** Imponer las costas del recurso de apelación a la parte apelante.

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.