



Roj: **STS 1934/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1934**

Id Cendoj: **28079110012021100320**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2021**

Nº de Recurso: **657/2018**

Nº de Resolución: **334/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP P 466/2017,**
STS 1934/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 334/2021

Fecha de sentencia: 18/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 657/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 657/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 334/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 18 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 311/2017, de 7 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 389/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Palencia, sobre permuta financiera.

Es parte recurrente Rocasamu, S.L., en liquidación, representada por el procurador D. Jorge José Egea Gabaldón y bajo la dirección letrada de D. David González Esguevillas.

Es parte recurrida Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A., representada por el procurador D. José Carlos Hidalgo Freyre y bajo la dirección letrada de D. Juan Ignacio Martinena Eslava.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Jorge José Egea Gabaldón, en nombre y representación de Rocasamu, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"[...] a) Se declare:

"i) La Nulidad de Pleno Derecho del Contrato de Producto Derivado, Contrato de Confirmación de Operaciones Financieras, suscrito por la sociedad "ROCASAMU" con la entidad demandada, de fecha 5 de noviembre de 2.007, así como cuantos contratos y/o documentos contractuales se hayan suscrito en relación al producto objeto de la presente litis. Collar coste Cero con Barrera Forward Desactivante del Cap, y ello por cualquiera de los argumentos esgrimidos por esta parte en el escrito de demanda, o por los que SS^a entienda de aplicación. Nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente anterior a la celebración del contrato de producto derivado.

"ii) Subsidiariamente, la Anulabilidad del Contrato de Producto Derivado, Contrato de Confirmación de Operaciones Financieras, suscrito por la sociedad "ROCASAMU" con la entidad demandada, de fecha 5 de noviembre de 2.007, así como cuantos contratos y/o documentos contractuales se hayan suscrito en relación al producto objeto de la presente litis, Collar coste Cero con Barrera Forward Desactivante del Cap, y ello por cualquiera de los argumentos esgrimidos por esta parte en el escrito de demanda, o por los que SS^a entienda de aplicación. Nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos al momento inmediatamente anterior a la celebración del contrato de producto derivado.

"iii) Subsidiariamente, apreciándose que la entidad demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, e incumplimiento de su obligación de asesorar e informar a mi principal en la compra del producto objeto de la presente litis, se declare la resolución del Contrato de Producto Derivado, Contrato de Confirmación de Operaciones Financieras, suscrito por la sociedad "ROCASAMU" con la entidad demandada, de fecha 5 de noviembre de 2.007, así como cuantos contratos y/o documentos contractuales se hayan suscrito en relación al producto objeto de la presente litis, Collar coste Cero con Barrera Forward Desactivante del Cap, e, inclusive, aún en el supuesto de que no proceda acordar la resolución del contrato objeto de la presente litis, se declare la existencia de una Mala Praxi (sic) bancaria y la causación de un daño y perjuicio para mi mandante, por lo que la demandada viene obligada a resarcir a mis mandantes por los daños y perjuicios irrogados, perjuicio cuantificado en la pérdida económica padecida, esto es 286.454,03€.

"b) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración, retro trayendo los efectos del mismo al momento anterior a la celebración del contrato declarado nulo, siendo estos efectos la recíproca restitución de las liquidaciones practicadas como consecuencia de la aplicación del contrato declarado nulo, viniendo obligado mi mandante a restituir a la entidad demandada las cantidades percibida más los intereses legales devengados desde la percepción de estas cantidades por mi principal; por su parte la entidad demandada habrá de restituir a mi poderdante la totalidad de las liquidaciones cobradas a éste durante la vida del producto, así como los intereses legales que estas liquidaciones devenguen a favor de mi patrocinado.

"E iguales efectos habrán de producirse en el supuesto de que se estime, con carácter subsidiario, la acción planteada por esta parte con carácter subsidiario, declarándose resuelto el Contrato Swap objeto de este procedimiento, por lo que mi mandante habrá de restituir a la entidad demandada las cantidades percibidas más los intereses legales devengados desde la percepción de estas cantidades por mi principal, por su parte la entidad demandada habrá de restituir a mi poderdante la totalidad de las liquidaciones cobradas a éste



durante la vida del producto, así como los intereses legales que estas liquidaciones devenguen a favor de mi patrocinado.

"Asimismo, para el supuesto de que no proceda la resolución del contrato objeto de esta presente litis, habiéndose declarado la existencia de una Mala Praxi (sic) bancaria y la causación de un daño y perjuicio para mi mandante, se condene a la entidad demandada, con carácter subsidiario, a resarcir a mis mandantes por los daños y perjuicios irrogados, perjuicio cuantificado en la pérdida económica padecida, esto es 286.454,03€, más los intereses devengados desde la interposición de la presente demanda.

"c) Y todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas del presente procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 11 de junio de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Palencia, fue registrada con el n.º 389/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José Carlos Hidalgo Freyre, en representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Palencia dictó sentencia 153/2017, de 8 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de la entidad ROCASAMU, S.L. contra, BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A., debo declarar y declaro nulo el contrato de confirmación de operaciones financieras que vinculaba a las partes, denominado "Collar Coste- Cero, con Barrera Forward Desactivante del Cap", fechado el 5 de noviembre de 2007, así como cuantos documentos contractuales se hayan suscrito en relación con dicho producto, nulidad que conllevará la retroacción de todos los efectos de dicho contrato al momento inmediatamente anterior a la celebración del mismo; condenando a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración; procediendo las partes a la recíproca restitución de las liquidaciones practicadas como consecuencia de la aplicación del citado contrato, declarado nulo, restituyendo la demandante las cantidades percibidas por dichas liquidaciones más los intereses legales devengados desde las fechas de percepción de esas cantidades, debiendo restituir la demandada a la demandante las cantidades correspondientes a las liquidaciones abonadas por, ésta a aquella durante la vida del producto así como los intereses legales de dichas liquidaciones; condenando a la parte demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SA. La representación de Rocasamu, S.L. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, que lo tramitó con el número de rollo 376/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 311/2017, de 7 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SA, frente a la sentencia dictada en autos el día 8 de septiembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Palencia, en el Procedimiento Ordinario nº 389/2016, cuya resolución REVOCAMOS y, en su lugar, DESESTIMAMOS la demanda interpuesta por la entidad Rocasamu, S.L. y ABSOLVEMOS a la entidad Caja de España de Inversiones, Salamanca y Soria SA, de las pretensiones solicitadas con el escrito inicial en la que desestimó el recurso, sin hacer imposición de costas de la segunda instancia."

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

1.- El procurador D. Jorge Egea Gabaldón, en representación de Rocasamu, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo Primero.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC, por infracción del artículo 1.301 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la excepción de caducidad, computando como día a partir del cual se computa el plazo de cuatro años de caducidad el de la primera liquidación negativa, esto es 11 de enero de 2.010. Lo que conculca el artículo citado y jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta.

"Motivo Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC, por infracción del artículo 1.101 del Código Civil en relación con los artículos 255 y 256 del Código del comercio, relativos al contrato de comisión mercantil y con relación al artículo 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, vigente al momento de la contratación de



este producto, así como por infracción del artículo 16 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y artículo 5 de su anexo. Lo que conculca los artículos citados y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta.

"Motivo Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC, por infracción del artículo 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, vigente al momento de la contratación de este producto, así como por infracción de los artículos 10 y 12 de la directiva 1993/22/CE de 10 de mayo e infracción del artículo 16 del Real Decreto 629/1993 y artículo 5 del anexo. Lo que conculca los artículos citados y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta.

"Motivo Cuarto.- Al amparo del artículo 477.2.2º de la LEC, por infracción de los artículos 63, 78 y 79 de la Ley de Mercado de Valores, vigente al momento de la contratación de este producto, así como por infracción del artículo 16 del Real Decreto 629/1993 y artículo 5 del Anexo. Lo que conculca los artículos citados y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de diciembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SA se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de mayo de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 5 de noviembre de 2007, la entidad Rocasamu S.L. suscribió con Caja Duero, después absorbida por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. (en adelante BCEISS), un contrato denominado "Collar coste Cero con Barrera Forward Desactivante del Cap", que constituía una permuta financiera, con un importe nominal de 4.000.000 euros, cuya fecha de inicio de operación era el 11 de octubre de 2007 y la de vencimiento el 11 de octubre de 2012.

Desde la liquidación correspondiente al 11 de enero de 2010 y hasta la fecha de vencimiento (11 de octubre de 2012), todas las liquidaciones resultaron negativas para el cliente y positivas para el banco, resultando un saldo final a favor de éste de 286.454,03 euros.

2.- La entidad Rocasamu, S.L. interpuso una demanda contra BCEISS, en la que pedía la nulidad, o subsidiariamente la anulabilidad, del "contrato producto derivado" suscrito el 5 de noviembre de 2007, "así como cuantos contratos y/o documentos contractuales se hayan suscrito en relación al producto objeto de la presente litis "Collar coste Cero con Barrera Forward Desactivante del Cap", y ello "por cualquiera de los argumentos esgrimidos por esta parte en el escrito de demanda". En concreto, se fundamenta la pretensión de forma alternativa en la ausencia o error en el consentimiento, dolo, vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios, y conflicto de intereses entre la entidad financiera y la demandante.

Subsidiariamente, pedía que se declarara la resolución del contrato por el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, e incumplimiento de su obligación de asesorar e informar en la compra del producto objeto de la litis, y "se declare la existencia de una Mala Praxi (sic) bancaria y la causación de un daño y perjuicio para mi mandante, por lo que la demandada viene obligada a resarcir a mis mandantes por los daños y perjuicios irrogados, perjuicio cuantificado en la pérdida económica padecida, esto es 286.454,03 €". Solicitaba también que, tanto para el caso de estimación de la acción principal como de las subsidiarias, se declare como efecto

"la recíproca restitución de las liquidaciones practicadas como consecuencia de la aplicación del contrato declarado nulo, viniendo obligado mi mandante a restituir a la entidad demandada las cantidades percibidas más los intereses legales devengados desde la percepción de estas cantidades por mi principal; por su parte la entidad demandada habrá de restituir a mi poderdante la totalidad de las liquidaciones cobradas a éste durante la vida del producto, así como los intereses legales que estas liquidaciones devenguen a favor de mi patrocinado".

Finalmente, se solicitaba en la demanda que, para el supuesto de que no proceda la resolución del contrato objeto de esta presente litis, habiéndose declarado la existencia de una mala praxis bancaria y la causación de un daño y perjuicio para mi mandante, se condene a la entidad demandada, con carácter subsidiario, al



resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados, perjuicio cuantificado en la pérdida económica padecida, esto es 286.454,03 €, más los intereses devengados desde la interposición de la demanda.

3.- La sentencia dictada en primera instancia estimó la acción de anulabilidad del contrato de confirmación de operaciones financieras denominado "Collar Coste Cero con Barrera Forward Desactivante del Cap" por error vicio del consentimiento, esencial y excusable, debiendo proceder las partes a la recíproca restitución de las liquidaciones practicadas como consecuencia de la aplicación del contrato declarado nulo, restituyendo la demandante las cantidades percibidas por dichas liquidaciones más los intereses legales devengados desde las fechas de percepción de esas cantidades, y debiendo restituir la demandada a la demandante las cantidades correspondientes a las liquidaciones abonadas por ésta a aquella durante la vida del producto así como los intereses legales de dichas liquidaciones. La sentencia previamente descartó la nulidad del contrato por falta del consentimiento, por abusividad, y por la existencia de un conflicto de intereses entre las partes.

4.- BCEISS interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia. La Audiencia estima el recurso. En primer lugar, declara caducada la acción de anulabilidad por error vicio. Razona que "desde la cuota correspondiente a la liquidación del periodo del 11 de enero de 2010, hasta la última de las liquidaciones pagadas correspondiente 11 de octubre de 2012, en total 12 liquidaciones negativas para el cliente y positivas para la entidad bancaria, la parte demandante conocía la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos, por lo que transcurrieron más de cuatro años hasta que en junio de 2016 se interpone la demanda". Después analiza la pretensión subsidiaria de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de información del banco, y la desestima:

"es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que cuando se invocan incumplimientos derivados de la falta de información u omisiones supuestamente cometidas en fase precontractual, se ha de ejercitar una acción de nulidad o de anulabilidad de los arts. 1265, 1266, 1267 y 1301 del Cc y no la de resolución del contrato que regula el art. 1124 de esa misma norma jurídica [...] el error en el consentimiento por falta de información podría suponer la nulidad o anulabilidad del contrato pero no una resolución por incumplimiento, ya que el incumplimiento tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que en este caso la falta de información se habría producido con anterioridad".

Finalmente, examina la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por mala praxis de la entidad bancaria, y también la desestima con base en este razonamiento:

"En realidad, la pretensión no deja de guardar íntima relación con la falta de información alegada por el cliente bancario, es decir, con el vicio del consentimiento prestado por error. Es precisamente esa supuesta mala praxis bancaria llevada a cabo por la entidad demandada, lo que determina el déficit de información que legitimaría el ejercicio de una acción de nulidad o de anulabilidad del contrato, tal como ya antes hemos indicado. [...] es ese incumplimiento de la normativa del mercado de valores, en fase precontractual, sobre todo en cuanto a la información de los riesgos inherentes al contrato y de sus características y consecuencias, en este caso del swaps, lo que puede hacer presumir el error en el consentimiento en el cliente bancario contratante (SSTS 8 de abril de 2016 y 11 de mayo de 2016). Por lo tanto, la acción ejercitada de daños y perjuicios por esa mala praxis bancaria no puede entablarse como una consecuencia del incumplimiento contractual del art. 1101 del Cc, ya que sólo trae causa del supuesto error del consentimiento prestado de forma deficitaria".

5.- Frente a la sentencia de apelación, Rocasamu, S.L., formula recurso de casación, sobre la base de cuatro motivos.

SEGUNDO.- *Objeciones a la admisión del recurso: falta de legitimación activa y presentación fuera de plazo.*

1.- BCEISS se ha opuesto a la admisión del recurso de casación porque, al tiempo de formularse, Rocasamu, S.L. está en concurso de acreedores, en fase de liquidación, con suspensión de sus facultades de administración y disposición, y no constaba, cuando aquella presentó el recurso, que la administración concursal hubiera autorizado la interposición del recurso, y cuando fue la propia administración concursal la que presentó el recurso estaba ya fuera de plazo.

2.- Con carácter general, el art. 145 LC prevé, en su apartado 1, en la redacción aplicable al caso, lo siguiente:

"La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley".

Y de forma específica para los deudores personas jurídicas, dispone en el apartado 3 lo siguiente:

"Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o

liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte".

De tal forma que la apertura de la liquidación conlleva que, a los efectos previstos en los arts. 40 y 48.3 LC, la concursada pase a tener suspendidas sus facultades patrimoniales y que su ejercicio corresponda a la administración concursal.

3.- Como ya advertimos en las sentencias 295/2018, de 23 de mayo, y 570/2018, de 15 de octubre, en supuestos que guardan cierta similitud con el presente, aunque resultaba de aplicación el art. 51 LC y no el art. 54:

"La *ratio* del art. 145.3 LC, integrado por los arts. 40 y 48.3 LC, es que una vez abierta la fase de liquidación, la representación de los intereses patrimoniales de la sociedad concursada corresponde a la administración concursal. Esta representación alcanza no sólo a la capacidad para obligar a la sociedad, sino también para reclamar sus derechos de contenido patrimonial, judicial y extrajudicialmente. Todo ello sin perjuicio de que la norma concursal legitime también a la propia sociedad para personarse y defenderse por sí sola y de forma separada a la administración concursal, por ejemplo en los arts. 51 y 54 LC.

"De tal forma que el ejercicio de acciones de contenido patrimonial queda sujeto al régimen específico previsto en el art. 54 LC, que constituye una proyección de la limitación de facultades patrimoniales respecto de las reclamaciones de contenido patrimonial que pudiera ejercitar la concursada frente a terceros. Y respecto de los procedimientos que se hubieran ejercitado con anterioridad a la limitación de facultades patrimoniales, resulta de aplicación lo regulado en el art. 51 LC".

4.- Como declaramos en la sentencia 570/2018, de 15 de octubre, el art. 54 LC no prevé cómo afecta el cambio del régimen de intervención al de suspensión de facultades patrimoniales, producido con posterioridad a la presentación de la demanda. Pero cabría integrar este precepto con lo previsto en el art. 51 LC, en relación con las consecuencias que la suspensión de facultades patrimoniales genera respecto de la capacidad procesal y las facultades de disposición en los procedimientos pendientes, y la interpretación realizada por la sentencia 295/2018, de 23 de mayo:

"Sin perjuicio del régimen previsto de sustitución del deudor concursado por la administración concursal, que debería ser interesada por esta última, la norma - art. 51.2 LC - permite al deudor mantener su propia representación y defensa separada, por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice que los eventuales gastos generados por estas actuaciones no repercutirán en la masa del concurso.

"La norma quiere asegurar que sea la administración concursal la que valore la conveniencia de continuar el procedimiento pendiente y, en su caso, recurrir la resolución judicial que se hubiera dictado en el mismo, en atención a las consecuencias económicas que podrían derivarse para la masa del concurso. Pero permite que la propia concursada continúe con dicho procedimiento siempre que no ponga en riesgo la masa del concurso con eventuales costas y gastos procesales

[...]

"Mientras no se produzca la sustitución del deudor concursado por la administración concursal, prevista en el párrafo primero del art. 51.2 LC, no opera la posibilidad, concedida en el párrafo segundo al deudor concursado, de mantener su representación y defensa separadas, con las garantías antes descritas. Por lo que no resulta de aplicación este régimen especial.

"En casos como el presente, en que a la administración concursal le corresponde sustituir al deudor concursado en los procesos judiciales pendientes, pero hace dejación de esta función y con ello permite que la concursada continúe en la defensa de sus derechos patrimoniales objeto de litigio, el deudor concursado se encuentra de facto bajo el régimen previsto en el apartado 3 del art. 51 para los casos de intervención. Esto es, mantiene en ese pleito la capacidad procesal, pero su legitimación procesal queda condicionada al régimen de autorizaciones previsto en este precepto. Es lógico por ello que, una vez dictada la sentencia de primera instancia, para recurrir en apelación necesitara la conformidad de la administración concursal. Aunque esta exigencia de conformidad no esté explicitada en el art. 51.3 LC respecto de la actuación procesal de recurrir la sentencia, debemos considerarla integrada, a la vista de lo regulado en el art. 54.2 LC respecto del ejercicio de acciones del concursado.

"Esta exigencia responde a la lógica de la limitación de facultades patrimoniales y la prevención legal de que una incontrolada actuación procesal de la concursada pueda generar gastos injustificados para la masa de activa, en perjuicio de los acreedores".

5.- Ahondando en la interpretación sistemática de los arts. 51 y 54 LC, en relación con el sentido y el alcance de la restricción de facultades patrimoniales de los arts. 40 y 145.3 LC, en la sentencia 570/2018,



de 15 de octubre, entendimos que, respecto de los procedimientos iniciados después de la declaración de concurso por la concursada intervenida, con la preceptiva autorización de la administración concursal, si al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia se hubiera acordado la suspensión de facultades patrimoniales como consecuencia de la apertura de la liquidación, la administración concursal está legitimada para personarse e interesar la sustitución procesal de la concursada. Pero mientras no lo haga, persiste la legitimación procesal de la concursada, sin perjuicio de que para recurrir en apelación deba contar con la autorización de la administración concursal prevista en el art. 54.2 LC. La necesidad de esta conformidad de la administración concursal es la garantía de que el recurso de apelación, con el riesgo de condena en costas que gravaría la masa activa del concurso, no contradice los intereses del concurso.

6.- En este caso, como al tiempo de interponerse inicialmente el recurso de casación, el día 17 de enero de 2018, la administración concursal no se había personado y sustituido procesalmente a la concursada, esta última seguía legitimada para actuar en el proceso sin perjuicio de la preceptiva autorización de la administración concursal para recurrir en casación. Como el recurso fue interpuesto por la concursada sin acreditar previamente esa autorización de la administración concursal, hay que considerar que, en aquella fecha, no estaba correctamente interpuesto, por falta de la autorización que afecta al requisito de la legitimación. La concursada sólo podía considerarse legitimada para interponer el recurso contando con la autorización de la administración concursal, mientras ésta no le sustituyera procesalmente.

7.- Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por BCEISS, mediante escrito de 22 de enero de 2018, en el que también solicitó que la Audiencia acordara la devolución del recurso por ese motivo. Después, mediante diligencia de ordenación de 26 de enero de 2018 se notificó nuevamente la sentencia de la Audiencia al administrador concursal y liquidador de Rocasamu, S.L., quien en la misma fecha otorgó apoderamiento *apud acta* a favor del mismo procurador que lo era de la entidad demandante, quien el 28 de enero siguiente presenta nuevamente el recurso de casación. El 29 de enero de 2018, la Audiencia, mediante nueva diligencia de ordenación, acuerda:

"en lo que respecta al escrito presentado por la representación de Rocasamu interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 07/12/17, y al presentado por la representación de Banco Ceiss, se tienen por expuestas las manifestaciones efectuadas por esa parte y estése a la interposición en forma del citado recurso, a través de la Administración concursal de Rocasamu, a quien se le ha notificado la sentencia con fecha 26/01/18, a los efectos legales oportunos".

8.- En definitiva, la administración concursal decidió solicitar la sustitución procesal y ésta se produjo (por diligencia de 29 de enero de 2018, la Audiencia Provincial tuvo por personada a la administración concursal); aquélla interpuso de nuevo el recurso de casación, como directamente legitimada según lo expuesto, el día 28 de enero de 2018.

Según consta en las actuaciones, la sentencia de la Audiencia se notificó a la representación procesal de la concursada el 19 de diciembre de 2017 (martes). Esta notificación ha de tenerse por realizada el siguiente día hábil al de su recepción, conforme al art. 151.2 LEC, esto es, el inmediato 20 de diciembre (miércoles). Por lo que, computando el plazo de veinte días previsto en el art. 479.1º LEC, conforme previene el art. 133 de la misma Ley y el calendario oficial que rigió en Palencia en los años 2017 y 2018, dicho plazo, en principio, concluiría el 19 de enero de 2018 (viernes), de manera que el escrito de interposición del recurso podría presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente, 22 de enero (lunes), según permite el art. 135.5 LEC.

El escrito de interposición se presentó inicialmente el 17 de enero de 2018, dentro del plazo. El defecto inicial derivado de la falta de acreditación de la autorización de la administración concursal era susceptible de subsanación mediante una autorización posterior, confirmación o ratificación de la interposición del recurso por la administración concursal. En la sentencia 629/2020, de 24 de noviembre, recordamos la doctrina de la sala sobre la posibilidad de que la conformidad de la administración concursal al recurso sea posterior a la fecha de su interposición:

"Esta exigencia responde a la lógica de la limitación de facultades patrimoniales y la prevención legal de que una incontrolada actuación procesal de la concursada pueda generar gastos injustificados para la masa de activa, en perjuicio de los acreedores" (sentencia 295/2018, de 23 de mayo, reiterada por las sentencias 570/2018, de 15 de octubre, y 389/2020, de 1 de julio).

"Sin perjuicio de que también hayamos entendido que la "conformidad de la administración concursal" para recurrir admite no sólo la previa autorización, sino también la posterior ratificación:

""La referencia legal a "la conformidad de la administración concursal" (art. 54.2 LC), muestra que no sólo cabría una previa autorización, sino también una ratificación posterior que subsanara el defecto inicial, pues lo esencial es que los intereses afectados (los del concurso de acreedores) queden salvaguardados. Por eso,



como al tiempo de resolverse el recurso de apelación constaba la conformidad de la administración concursal, la Audiencia apreció correctamente que este defecto de legitimación había sido subsanado, sin que con ello se infringieran los preceptos legales reseñados en el motivo de casación" (sentencia 295/2018, de 23 de mayo, reiterada por las sentencias 570/2018, de 15 de octubre, y 389/2020, de 1 de julio)".

9.- La Audiencia Provincial, en lugar de dar trámite para formalizar dicha subsanación, lo que hizo fue notificar de nuevo la sentencia el día 26 de enero de 2018 y mediante diligencia de 29 de enero siguiente acordó estar a la interposición en forma del recurso, que se había interpuesto de nuevo, en este caso directamente por la administración concursal, el 28 de enero, es decir, dos días después de la última notificación de la sentencia.

En estas condiciones, en la medida en que el recurso fue interpuesto inicialmente dentro del plazo y el defecto de legitimación de que adolecía era subsanable mediante una ratificación de la administración concursal, y en que el acto de interposición del recurso, sustancialmente coincidente, por parte de ésta debe entenderse como expresivo de una voluntad inequívoca de confirmar aquella primera interposición realizada por la concursada, debemos entender que tiene un valor subsanatorio del defecto de que adolecía inicialmente el recurso presentado el 17 de enero, dentro del plazo legal.

En consecuencia, no cabe apreciar la extemporaneidad alegada en el escrito de oposición al recurso.

TERCERO.- Recurso de casación. Formulación del primer motivo

1.- El primer motivo primero denuncia la infracción del art. 1301 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, "en el sentido de que la sentencia recurrida estima la excepción de caducidad, computando como día a partir del cual se computa el plazo de cuatro años de caducidad el de la primera liquidación negativa, esto es 11 de enero de 2.010".

2.- En su desarrollo, se aduce, en síntesis, que del art. 1301 CC se desprende que el plazo de la acción debe computarse desde la consumación del contrato, lo que en el caso tuvo lugar el 11 de octubre de 2012, fecha de la última liquidación.

El motivo debe ser estimado por las razones que exponemos a continuación.

CUARTO.- Decisión de la sala. Determinación del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años, al que se refiere el art. 1301 del CC, en los contratos de permuta financiera.

1.- La específica cuestión relativa al cómputo del plazo de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento en los contratos de swaps, en su momento controvertida, con dispares criterios resolutorios, ha sido definitivamente zanjada por esta Sala, tras la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, en la que señalamos:

"A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

"En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

"En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés [...].

"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301. IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".



La precitada doctrina es reiterada por las sentencias 720 y 722/2018, de 19 de diciembre; 3/2019, de 8 de enero; 108/2019, de 19 de febrero; 162/2019, de 14 de marzo; 238/2019, de 24 de abril; 288 y 290/2019, de 23 de mayo; 343/2019, de 13 de junio; 346 y 347/2019, de 21 de junio; 369/2019, de 27 de junio, 604/2019, de 12 de noviembre; 114/2020, de 19 de febrero; 271/2020, de 9 de junio; 272/2020, de 9 de junio; 274/2020, de 10 de junio; 523/2020, 526/2020 y 527/2020, de 14 de octubre; 588/2020, de 10 de noviembre y 670/2020, de 11 de diciembre, entre otras muchas.

2.- Por ello, no habiendo transcurrido los cuatro años entre la fecha de vencimiento del swap, el 11 de octubre de 2012, y la interposición de la demanda, 11 de junio de 2016, se ha infringido lo dispuesto en el art. 1301 del CC en su aplicación por la Audiencia Provincial, lo que conduce a que el recurso de casación deba ser estimado.

QUINTO.- Asunción de la segunda instancia y confirmación de la sentencia del Juzgado

La estimación del primer motivo del recurso trae consigo que debemos asumir la instancia y, con ello, confirmar la sentencia del juzgado, que es conforme con la doctrina de este Tribunal, según resulta de las razones que exponemos a continuación.

1.- Importancia y sentido del deber precontractual de informar

La contratación de productos financieros ofertados por las entidades bancarias exige de éstas que actúen con observancia rigurosa de los deberes de diligencia y lealtad contractual, dada la asimetría convencional existente entre las partes en un doble ámbito. Desde un punto de vista de la técnica contractual, toda vez que los vínculos convencionales se conciertan a través de la utilización de condiciones generales predispuestas e impuestas por las entidades financieras, que ellas mismas redactan y que, por lo tanto, son perfectamente conscientes de las cargas económicas y jurídicas de los distintos modelos contractuales a los que simplemente se adhiere su cliente, sin que sean fruto de una negociación individual. Y, por otra parte, desde el ámbito objetivo del conocimiento, con la finalidad de equilibrar debidamente los intereses de una entidad bancaria, especialista en el sector financiero, con una estructura empresarial especializada en los productos que comercializa y que actúa, como cualquier otra entidad mercantil, con el natural ánimo de lucro, frente a los propios de sus clientes, normalmente minoristas, carentes de tales conocimientos, que contratan confiados en la información que se les facilita sobre la bondad del producto adquirido y su correspondencia con los intereses perseguidos con su contratación. Todo ello con la pretendida finalidad de buscar equilibrio en las transacciones económicas en el marco de la asimetría convencional existente.

En el panorama descrito, no es de extrañar que sean múltiples las resoluciones de la Sala que consideran que un incumplimiento de la normativa reguladora de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias 510/2016, de 20 de julio, 580/2016, de 30 de julio, 595/2016, de 5 de octubre, 690/2016, de 23 de noviembre, 727/2016, de 19 de diciembre, 426/2019, de 16 de julio, 347/2019, de 21 de junio, 588/2020, de 10 de noviembre, 670/2020, de 11 de diciembre, y 58/2021, de 8 de febrero, entre otras muchas).

2.- Sobre la existencia de una relación jurídica de asesoramiento

Nos hemos pronunciado al respecto en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, ratificada por otras posteriores tales como las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 329/2017, de 24 de mayo, 424/2020, de 14 de julio, 673/2020, de 14 de diciembre y 58/2021, de 8 de febrero, entre otras, en las que hemos afirmado que:

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. "El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por



la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

En este caso, como destaca la sentencia del juzgado, fue el empleado del Banco quien ofertó al demandante la contratación del swap (no lo solicitó éste), como conveniente por razón de la posible evolución de los tipos de intereses.

3.- Sobre las exigencias del deber de informar

En relación con el deber de informar, hemos dicho con reiteración, que:

(i) En cuanto a la manera de llevarse a efecto ha de ser de forma clara y sin trivializar los riesgos que se asumen, que no son meramente teóricos sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, pueden ser reales y, en su caso, ruinosos, a la vista del importe del nocional fijado en el contrato de permuta (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre; 526/2020, de 14 de octubre, 588/2020, de 10 de noviembre y 58/2021, de 8 de febrero).

(ii) No cabe dar por cumplido el deber de informar con la mera remisión a las estipulaciones contractuales, sino que requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio; 524/2019, de 8 de octubre; 274/2020, de 10 de junio).

(iii) No basta una mera ilustración sobre lo obvio; es decir que, como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 29 de marzo, 690/2016, de 23 de noviembre, 6/2019, de 10 de enero y 334/2019, de 10 de junio).

(iv) La omisión de información precontractual sobre el coste de la cancelación anticipada no es paliada por la mera referencia documental a que "el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera", ya que se ha venido considerando como insuficiente (sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, 244/2017, de 20 de abril, 334/2019, de 10 de junio y 527/2019, de 9 de octubre).

(v) La carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera y no a la parte demandante, en función de sendas razones: la primera dado que, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y la segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (sentencias 668/2015, de 4 de diciembre, 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, 618/2019, de 19 de noviembre, entre otras muchas).

(vi) Esta sala ha declarado igualmente que no corresponde a los clientes bancarios averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, el demandante en este proceso, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto, que en este caso resultó perjudicial para sus intereses, y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 676/2015, de 30 de noviembre, 690/2016, de 23 de noviembre, 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre, entre otras.

(vii) La formación necesaria para conocer la naturaleza y características de un producto complejo, aleatorio y de riesgo como es el swap es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero y 668/2020, de 11 de diciembre).

(viii) El abono de las liquidaciones negativas tampoco comporta la realización de actos de confirmación o convalidación, pues como hemos dicho, reiteradamente, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir,



fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria (sentencias 19/2016, de 3 de febrero, 503/2016, de 19 julio, 30/2018, de 22 de enero y 526/2020, de 14 de octubre).

4.- En el caso no se ha cumplido el estándar de información derivado de esta doctrina jurisprudencial

Según resulta de la sentencia de primera instancia:

1.º) Examinado el contrato, así como el documento de confirmación y el contrato marco, no se explica de forma clara el funcionamiento del producto, según el cual el cliente "compra Cap con barrera desactivante y vende floor" y Caja Duero "vende Cap con barrera desactivante y compra floor": nada se dice del préstamo al que supuestamente se vincula la operación, ni cómo opera la cobertura del riesgo de subida de tipos de interés, ni tampoco cuáles son los elevados riesgos que asume el cliente, que en este caso se concretaron en unas liquidaciones negativas muy elevadas en comparación con las positivas; siendo la información contenida de carácter genérico, que precisa de una explicación por el personal de la entidad que vende el producto para su comprensión por profanos en la materia, que no consta que en este caso se ofreciera.

2.º) En la solicitud de contratación de producto derivado luego confirmado se detallan las características del producto (página 3) y se insertan unos cuadros explicativos e incluso un gráfico para informar sobre los costes de financiación "asegurados" por el "Collar". Pero el Perito D. Jorge Matilla aclaró que la información sobre los costes financieros es correcta si se toma en cuenta por sí sola, pero no si se tiene en cuenta la existencia de una cláusula suelo en el contrato de préstamo vinculado al instrumento de cobertura. No consta que estos extremos fueran expuestos de forma clara y comprensible al administrador de la actora.

3.º) Al existir cláusula suelo en el contrato de préstamo que vinculaba a las partes, ante una bajada de tipos se duplicaba el coste financiero para la parte actora; cuando resulta que siguiendo la tesis de la demandada el producto se ofertó como complementario del préstamo para cubrirse ante una posible subida de tipos, siendo manifiestamente desproporcionado, a la vista de lo acontecido, lo obtenido durante la vigencia del producto, en el escenario de subidas de tipos (la suma de 1.708 euros) frente a lo abonado a consecuencia de la baja de los tipos (288.162,03 euros).

4.º) No consta a ciencia cierta cuántas reuniones se celebraron entre los contratantes, ni las fechas de las mismas, dado que no consta que se documentaran, ni se dejó constancia de otro modo, como tampoco de la documentación (como folletos, borradores, etc) que se manejó en las mismas. En el acto del juicio, la parte demandada renunció a la testifical de la persona que tramitó la contratación del producto, que podría haber arrojado luz sobre dichos extremos relativos a la fase precontractual.

5.º) Se vendieron a la demandante estos productos como "garantía" frente a eventuales subidas de tipos de interés. De hecho, puede confundirse al cliente no iniciado por cuanto que el "seguro" es un contrato típico y de uso común, por lo que no plantea normalmente estos problemas de falta de comprensión, que sí provocan los contratos financieros complejos: esto conlleva la exigencia de que el banco suministre una información más concreta y sobre todo comprensible sobre el objeto y alcance del producto que oferta.

6.º) Se indujo a error a la demandante sobre el posible resultado del producto, claramente desfavorable para ella, en el caso de que los tipos entraran en una espiral de bajada, lo que podría producirle un perjuicio económico (liquidaciones negativas) de una magnitud tal que no puede representarse la actora cuando se le ofertan el citado "instrumento" precisamente para lo contrario, para obtener una ventaja ("mitigar riesgos") frente a la subida constante del Euribor.

7.º) El juzgado, a la vista de todo lo anterior, concluyó que la parte actora, de haber conocido las características esenciales del producto contratado y los riesgos inherentes al mismo, no lo habría suscrito, y que la demandada no ha acreditado, como le correspondía según las reglas de la carga de la prueba (art. 217 LEC), que facilitó a su cliente la información suficiente y relevante de los riesgos que asumía.

8.º) El juzgado estimó, además, que el error padecido es un error excusable, pues atendidas las circunstancias personales del representante de la entidad demandante, industrial del que no consta su experiencia en la contratación de productos bancarios y de inversión.

5.- Existencia del error contractual como vicio del consentimiento

Las conclusiones del juzgado son conformes con la jurisprudencia de esta sala. En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél debe permitir apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala 1.ª de 20 de enero de 2014, declaramos:



"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Desde luego, es también un error sustancial, que afecta a la esencia del producto contratado.

Por todo ello, procede confirmar la sentencia del juzgado, en tanto en cuanto estimó la demanda formulada, rechazando los argumentos de la entidad demandada.

SEXTO .- *Costas y depósito*

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas del recurso de apelación, que se desestima, se imponen a la apelante.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 Rocasamu, S.L. contra la sentencia n.º 311/2017, de 7 de diciembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, en el recurso de apelación núm. 376/2017.

2.º- Anular y casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto, y en su lugar desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. contra la sentencia núm. 153/2017, de 8 de febrero, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Palencia, que confirmamos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación. Las de la apelación se imponen a la apelante.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.