



Roj: **STS 2643/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2643**

Id Cendoj: **28079110012017100392**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **2257/2014**

Nº de Resolución: **402/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3332/2014,**
STS 2643/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers. El recurso fue interpuesto por la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo. Es parte recurrida la entidad Estampaciones Metálicas Jom, S.L., representada por el procurador Jorge Laguna Alonso.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Jaume Lluís Aso Roca, en nombre y representación de la entidad Estampaciones Metálicas Jom SL, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers, contra la entidad Banco Santander, para que se dictase sentencia:

«por la que:

a) Declare: 1) La nulidad de la Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés "swap bonificado reversible media" de fecha 3 de noviembre de 2006.

2) La nulidad de la Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés "swap flotante bonificado", de fecha 8 de mayo de 2008.

3) La nulidad de la Confirmación de Swap ligado a inflación "Swap pagador de gastos de inflación acumulada" de fecha 26 de septiembre de 2008.

4) Dejar sin efecto para las partes las liquidaciones futuras que se deriven del contrato "Swap pagador de gastos de inflación acumulada" de fecha 26 de septiembre de 2008.

5) La restitución de prestaciones y así: la obligación de la demandada de devolver a mi principal todas las liquidaciones que le han sido abonadas, desde la suscripción de los tres (3) contratos, esto es, la suma de setenta mil cuatrocientos cuarenta y seis euros con treinta y cinco céntimos de euro (70.446'35 ?) y la obligación de mi principal de devolver las liquidaciones positivas percibidas a Banco Santander, por importe de trece mil seiscientos setenta y cinco euros con noventa céntimos de euro (13.675'90 ?)

b) Condene a la demandada a:



- 1) Estar y pasar por las anteriores declaraciones.
- 2) Abonar a mi principal la suma de cincuenta y seis mil setecientos setenta euros con cuarenta y cinco euros (56.770'45?) resultante de la compensación entre las liquidaciones abonadas por mi mandante a Banco Santander y las abonadas por Banco Santander a mi principal.
- 3) Cancelar sin coste alguno para mi mandante el contrato de Confirmación de Swap ligado a inflación "Swap pagador de gastos de inflación acumulada" de fecha 26 de septiembre de 2008, y a dejar sin efecto para las partes las cuotas pendientes.
- 4) Al pago de las costas causadas».

2. El procurador Ramón Davi Navarro, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que 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 núm. 6 de Granollers dictó sentencia con fecha 11 de febrero de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador D. Jaume Lluís Aso Roca, en nombre y representación de Estampaciones Metálicas Jom S.L. contra Banco Santander S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos vertidos en su contra.

Se condena en costas a la actora»

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Estampaciones Metálicas Jom S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 9 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación de la demandante Estampaciones Metálicas Jom, S.L. se revoca parcialmente la sentencia de 11 de febrero de 2012 dictada en los autos nº 678/12 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granollers, acordando en su lugar la estimación sustancial de la demanda, declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés ("swap flotante bonificado"), de 8 de mayo de 2008, y del contrato de Swap ligado a inflación ("swap pagador de gastos de inflación no acumulada"), de 26 de septiembre de 2008, condenando a la demandada Banco Santander S.A. a estar y pasar por esta declaración, y a abonar a la demandante la cantidad de cincuenta y seis mil quinientos treinta euros con setenta y un céntimos (56.530'71 ?) más intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, sin expresa imposición de las costas de la segunda instancia, acordando la devolución del depósito para recurrir a la parte apelante».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Ramón Davi Navarro, en representación de la entidad Banco Santander S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de la jurisprudencia sobre los requisitos necesarios para que pueda estimarse la existencia de un error invalidante del consentimiento, en relación con los arts. 1256 y 1266 CC , y el art. 79 bis LMV, introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , y el art. 60.5 RD 217/2008, de 15 de febrero .

2º) Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

2. Por diligencia de ordenación de 15 de septiembre de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo; y como parte recurrida la entidad Estampaciones Metálicas Jom, S.L., representada por el procurador Jorge Laguna Alonso.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a) en



el rollo de apelación n.º 291/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 678/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granollers».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Estampaciones Metálicas Jom S.L., 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 31 de mayo de 2017, 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.

i) Estampaciones Metálicas Jom, S.L. se dedica a las transformaciones metálicas, trabajos de estampación, ensamblaje de conjuntos y construcciones de matrices. Es un cliente minorista, en el ámbito del mercado financiero. No consta que sus administradores tengan conocimientos sobre el mercado financiero, ni que se dediquen, o se hayan dedicado en algún momento, a operaciones financieras de carácter puramente especulativo. Tampoco consta que disponga de asesores especialistas o de un departamento especializado en instrumentos y mercados financieros.

ii) Estampaciones Metálicas Jom, S.L. concertó con Banco Santander un contrato de permuta financiera de tipo de interés ("swap bonificado reversible media"), el 3 de noviembre de 2006. La duración era de tres años, del 6 de noviembre de 2006 al 6 de noviembre de 2009: el nominal de 250.000 euros. Las liquidaciones debían realizarse trimestralmente: el banco pagaría trimestralmente al cliente el Euribor 12M; y el cliente pagaría al banco, también trimestralmente, la media del Euribor 12M, menos un diferencial de 0'00%, si el Tipo Variable Medio Trimestral era superior al 4'35%, o un tipo fijo del 4'08%, si el Tipo Variable Medio Trimestral era igual o inferior al 4'35%.

Después de unas primeras liquidaciones positivas para el cliente, entre febrero y agosto de 2007, hubo una liquidación negativa en noviembre de 2007, y después otras dos liquidaciones positivas en febrero y mayo de 2008. Al término del contrato, resultó una diferencia, a cargo del cliente, de 239'74 euros.

Las partes alcanzaron un acuerdo de cancelación anticipada de la operación de permuta financiera de tipos de interés, el 7 de mayo de 2008.

iii) Las partes, concertaron otro contrato de permuta financiera de tipo de interés ("swap flotante bonificado"), el 8 de mayo de 2008, con una duración de tres años, del 12 de mayo de 2008 al 12 de mayo de 2011, sobre un nominal de 250.000 euros, y con liquidaciones trimestrales, por el que: el banco pagaría trimestralmente al cliente el Euribor 3M; y el cliente pagaría al banco, también trimestralmente, el 6'30%, si el Euribor 3M era superior al 6'45%, el Euribor 3M menos un diferencial de 0'15%, si el Euribor 3M estaba entre el 4% y el 6'45%, o un tipo fijo del 4'65% del nominal, si el Euribor 3M era inferior al 4%.

Después de unas ligeras subidas, los tipos de interés iniciaron una caída constante, siendo un hecho notorio que el Euribor subió hasta un máximo del 5'393% en octubre de 2008, bajando a continuación hasta llegar al 0'67% en febrero de 2010, y al 1'25% en abril de 2011.

Por lo tanto, después de unas primeras liquidaciones positivas, entre agosto de 2008 y febrero de 2009 (de 95'84 euros, 95'83 euros, y 95'83 euros), a partir de marzo de 2009 se empezaron a pasar liquidaciones trimestrales negativas al cliente, entre mayo de 2009 y mayo de 2011, de 1.644'64 euros, 2.131'97 euros, 2.406'05 euros, 2.514'02 euros, 2.464'80 euros, 2.535'11 euros, 2.393'27 euros, 2.351'30 euros, y 2.148'41 euros, siendo el saldo, negativo para el cliente, de 20.302'07 euros.

Esta permuta financiera de tipos de interés de 8 de mayo de 2008, le fue ofrecida a la demandante por la empleada de la demandada mediante una comunicación de 30 de abril de 2008, con motivo de una póliza de crédito, y de una póliza de descuento concertadas anteriormente, «con el fin de que os podáis beneficiar de las constantes subidas de tipos de interés», sin mención alguna a los perjuicios que habría de soportar el cliente en una eventual bajada de tipos, como la que se produjo. El producto se presentó como un privilegio gratuito para el cliente, para el que «no hay necesidad de pagar una prima de riesgo», sin mención al riesgo de bajada de los tipos.

El test de idoneidad no se hizo antes de la celebración del contrato, sino después. El banco comunicó al cliente el 15 de mayo de 2008 que había que firmar este test, que calificó de «una tontería», y luego el cliente firmó ese documento.



En relación con el posible coste de la cancelación anticipada, el apartado de «Consideraciones del contrato» se limita a advertir lacónicamente que, si el cliente solicitase la cancelación anticipada del producto, se realizaría a precios de mercado. No se ofreció a la demandante una explicación satisfactoria de la fórmula para el cálculo del coste de la cancelación anticipada. El 27 de marzo de 2009 la demandante solicitó la cancelación del contrato, y fue entonces cuando el banco le informó que el coste de la cancelación era en ese momento de 18.736 euros.

iv) Las mismas partes concertaron un Swap ligado a inflación ("swap pagador de gastos de inflación no acumulada"), el 26 de septiembre de 2008. Su duración era de cinco años: del 29 de septiembre de 2008 al 29 de septiembre de 2013. El nominal, 470.000 euros. Las liquidaciones debían ser anuales, conforme a las siguientes reglas: si la Tasa de Inflación Interanual es inferior al 3'800 %, el cliente recibe la Tasa de Inflación Interanual, y paga el 3'800 % del nominal pactado; si la Tasa de Inflación Interanual es superior al 3'800 %, el cliente recibe la Tasa de Inflación Interanual, y paga el 3'800 % del nominal pactado.

La Tasa de Inflación Interanual, desde la celebración del contrato, siempre estuvo por debajo del 3'800%, por lo que las liquidaciones anuales, en septiembre de 2009, septiembre de 2010, y septiembre de 2011, fueron negativas para el cliente, siendo el saldo negativo para el cliente de 36.228'64 euros, según resulta de la liquidación aportada por la demandante, no impugnada de contrario.

2. Estampaciones presentó una demanda en la que pidió la nulidad de las permutas financieras de tipos de interés de 3 de noviembre de 2006 y de 8 de mayo de 2008, y del swap ligado a inflación de 26 de septiembre de 2008, porque el consentimiento de la demandante estaba viciado por error, como consecuencia del incumplimiento por parte del banco de los especiales deberes de información que recaían en él en la comercialización de productos financieros complejos a inversores no profesionales. En concreto, el banco dejó de informar a la demandante de los estudios sobre la evolución de los tipos de interés e inflación, no advirtió al cliente que estos productos financieros complejos podían suponerle una pérdida de dinero muy relevante al impedirle beneficiarse de la bajada de los tipos de interés o de la bajada de la inflación, ni se le comunicó que la cancelación del contrato podría suponerle un coste muy importante. Además de la nulidad, la demanda pedía la restitución de las prestaciones.

3. El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, al no apreciar que hubiera habido un incumplimiento de los deberes legales de información, ni error vicio en la contratación de estos productos financieros complejos. Y en cuanto a los costes de cancelación, entendió que la información sobre el cálculo de dicho coste no era relevante para justificar la nulidad por error vicio.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia estima en parte el recurso, en cuanto que confirma la desestimación de la nulidad del primer swap y, sin embargo, revoca la sentencia de primera instancia respecto de los otros dos swaps, en el sentido de apreciar la nulidad por error vicio.

i) Respecto del primer swap, la permuta financiera de tipos de interés de 3 de noviembre de 2006, la sentencia de apelación entiende que la cancelación conllevó a su vez la confirmación del error vicio con que se hubiera podido prestar consentimiento. Por esta razón desestima la apelación respecto de este extremo.

ii) Respecto de la segunda permuta financiera, la de 8 de mayo de 2008, examinada la prueba, la sentencia de apelación concluye que fue concertada por la demandante mediando error vicio:

«Atendidos, por lo tanto, en el presente caso, los actos anteriores, coetáneos, y posteriores a la celebración del denominado contrato de permuta financiera de tipos de interés, es posible alcanzar la conclusión probatoria de que la demandante, en el momento de la suscripción del contrato, se encontraba en la creencia errónea de que se le había ofrecido, y que estaba suscribiendo, una cobertura de la subida de los tipos de interés, vinculada a la financiación de su actividad mercantil, en su condición de cliente de la entidad, y por su relación de confianza con la empleada de la demandada, y no una operación de permuta financiera de tipos de interés que (...), tiene un carácter puramente especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios, basada en las variaciones de los índices utilizados.

»En consecuencia, procede la revocación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, en relación con la pretensión de nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés ("swap flotante bonificado"), de 8 de mayo de 2008, declarando la nulidad, por error en el consentimiento de la demandante, con restitución recíproca de las cantidades recibidas y entregadas en los términos del artículo 1303 del Código Civil, procediendo, en definitiva, la estimación del recurso de apelación de la parte demandante, y la condena de la demandada a estar y pasar por esta declaración, y a abonar a la demandante la cantidad de 20.302'07 € que resulta de las liquidación presentada por la demandante, que no ha sido impugnada por la demandada».

iii) Y en cuanto al swap ligado a inflación ("swap pagador de gastos de inflación no acumulada") de 26 de septiembre de 2008, la sentencia de apelación, después de analizar la prueba concluye que se concertó



mediando una ocultación maliciosa por parte del banco de información sobre la evolución de la inflación, y por ello el consentimiento de la demandante estaba viciado por dolo:

«se produjo por parte del banco una ocultación maliciosa de información sobre la fluctuación a la baja de la inflación, con la finalidad de obtener un beneficio económico de su cliente, el cual se produjo desde la primera liquidación anual en septiembre de 2009, lo cual integra un supuesto de dolo malicioso (...), por haber constancia, en el presente caso, de que, en el momento de la celebración del contrato, en septiembre de 2008, el banco conocía claramente la previsión a la baja de la inflación, muy por debajo de la barrera pactada del 3'800 %, que se produjo en los años siguientes, con el consiguiente perjuicio económico causado a su cliente.

»Por lo tanto, procede la revocación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, en relación con la pretensión de nulidad del contrato de Swap ligado a inflación de 26 de septiembre de 2008, por apreciarse la existencia de dolo de parte de la demandada Banco de Santander, S.A. en la formación del consentimiento de la demandante».

Consecuencia de la declaración de nulidad de los contratos de permuta financiera de tipo de interés ("swap flotante bonificado") de 8 de mayo de 2008, y de swap ligado a inflación ("swap pagador de gastos de inflación no acumulada") de 26 de septiembre de 2008, la Audiencia acuerda «la restitución recíproca de las cantidades recibidas y entregadas» y condena a Banco Santander a «abonar a la demandante la cantidad de 56.530'71 ? (20.302'07 + 36.228'64), en los términos del artículo 1303 del Código Civil ».

5. La sentencia de apelación fue recurrida en casación. Formalmente, el recurso presenta dos motivos, que en la práctica son uno sólo, el primero. Como veremos, el segundo se limita a denunciar la contradicción entre audiencias, sin especificar norma jurídica alguna infringida.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los requisitos necesarios para que pueda estimarse la existencia de un error invalidante del consentimiento, en relación con los arts. 1256 y 1266 CC , y los arts. 79 bis LMV, introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre , y el art. 60.5 RD 217/2008, de 15 de febrero .

Expresamente se citan las sentencias 683/2012, de 21 de noviembre , y 626/2013, de 29 de octubre , en relación con la posterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

El motivo se fundamenta, según afirma el propio recurso, «en la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para apreciar un error invalidante en el consentimiento, en especial, el carácter esencial, que no sea imputable a quien lo padece y excusable, el nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio concertado, y el momento en que concurre el error». Y añade que la sentencia recurrida incurre «en una infracción de la doctrina jurisprudencial (...) sobre el error en el consentimiento, en relación con la aplicación e interpretación de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ».

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

2. *Desestimación del motivo primero* . La permuta financiera de tipos de interés ("swap flotante bonificado") fue concertada el 8 de mayo de 2008 y el swap ligado a inflación ("swap pagador de gastos de inflación no acumulada") el 26 de septiembre de 2008, cuando regía la normativa MiFID, y en concreto las exigencias contenidas en el art. 79 bis LMV, desarrolladas por RD 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. El alcance de esta normativa, en relación con la validez del contrato, fue expuesto en la sentencia 840/2013, de 20 de enero , que reiteramos a continuación.

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

Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a

ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta:

«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad (apartado 7 y 6 del art. 79 bis LMV).

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 reseñados 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 (Banco Santander) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Estampaciones Metálicas Jom, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

Como ha dejado constancia la sentencia de apelación, no ha quedado probado que la entidad financiera hubiera explicado los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés y de la inflación, respecto del contrato de permuta financiera y del swap ligado a la inflación que ofreció y comercializó a Estampaciones Metálicas Jom, S.L. En concreto, no le informó a ésta última sobre la entidad del coste económico que podían conllevar estos dos productos. A este respecto, la información contenida en los contratos resulta insuficiente y a la entidad financiera se le exigía una actividad positiva en la fase precontractual, de la que no queda constancia.

4. La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, 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»

5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como la permuta de tipos de interés y el swap ligado a la inflación contratados 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.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, se aprecia el error en quien contrató por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euríbor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato, en relación con la permuta financiera, y la bajada de la inflación como la ocurrida después de la firma del contrato de swap ligado a la inflación. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

6. 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, operaba 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 swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

7. Por otra parte, como recordamos en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, «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».

8. Y, por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados a los dos productos contratados, 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 y el índice de referencia, no habría contratado estos productos.

9. *Formulación y desestimación del motivo segundo*. Como ya hemos adelantado, el que se denomina en el recurso como motivo segundo, no puede ser admitido como tal, pues omite una referencia a la norma jurídica infringida, y se limita a reseñar la contradicción entre audiencias provinciales.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, condenamos a la parte recurrente a las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.1 LEC).

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,



esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13ª) de 9 de abril de 2014 (rollo 291/2013), que conoció del recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers de 11 de febrero de 2012 (juicio ordinario 678/2012). 2.º- Imponer a quien recurre en casación las costas generadas por su 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ