



Roj: **STS 4094/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4094**

Id Cendoj: **28079110012016100533**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2016**

Nº de Recurso: **257/2014**

Nº de Resolución: **549/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell. El recurso fue interpuesto por las entidades Clariana Mecánics S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación S.L., representadas por la procuradora María Jesús González Díez. Es parte recurrida la entidad BBVA, S.A. (anteriormente Unnim Banc S.A.), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Mónica García Vicente, en nombre y representación de las entidades Tubolar S.L., Spumas 96 S.L., Punt i Apart Logistics S.L., Jafer Gestió i Promocio Inmobiliaria S.L., Clariana Mecanics S.L., Cosgaya y Clariana Contratación S.L., Granaplaya Gestió S.L., Instalrapid Vallés S.L. y Braulio , Ezequias y Jorge , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell, contra la entidad Caixa d'Estalvis de Sabadell, para que se dictase sentencia:

«estimando íntegramente la presente demanda y que disponga lo siguiente:

»Primero.- Como acción principal,

»1.- se declare la nulidad radical de los siguientes contratos:

1.1. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590277936600000965 suscrito entre Tubolar S.L. y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 23 de marzo de 2009.

1.2. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590683216600001966 suscrito Punt i Apart Logistics S.L. y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 4 de septiembre de 2007.

1.3. Cto. de gestión de riesgos financieros nº NUM000 suscrito entre Ezequias y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 16 de junio de 2008.

1.4. Cto. de gestión de riesgos financieros nº NUM001 suscrito entre Ezequias y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 28 de marzo de 2007.

1.5. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590635516600001086 suscrito entre Jafer Gestió i Promociò Inmobiliaria S.L. y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 29 de marzo de 2007.

1.6. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590678856600000729 suscrito entre Clariana Mecanics SL y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 12 de marzo de 2007.



1.7. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590678866600000522 suscrito entre Cosgaya y Clariana Contratación S.L. y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 12 de marzo de 2007.

1.8. Cto. de gestión de riesgos financieros nº NUM002 suscrito entre Jorge y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 7 de diciembre de 2007.

1.9. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590310716600001107 suscrito entre Instalrapid Vallés S.L. y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 9 de mayo de 2007.

1.10. Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590310766600001205 suscrito entre Granaplaya Gestió S.L. y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 9 de mayo de 2007.

1.11. Cto. de gestión de riesgos financieros nº NUM003 suscrito entre Braulio y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 13 de julio de 2007.

1.12 Cto. de gestión de riesgos financieros nº 20590210326600002890 suscrito entre Spumas 96 SL y Caixa d'Estalvis Sabadell en fecha 12 de julio de 2007.

»2.- Que, consecuencia de lo anterior, y de conformidad con el art. 1303 del Código Civil, se obligue a las partes a restituirse recíprocamente las peticiones diversas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, o sea, el precio con los intereses.

»Por tanto, mis mandantes deberán ser resarcidos con las siguientes cantidades:

- a. A Tubolar SL: la cantidad de 16.049,53 euros.
- b. A Punto i Aparts Logistics SL la cantidad de 1.021,15 euros.
- c. A D< (sic)
- d. Ezequias : la cantidad de 8.296,77 euros.
- e. A Jafer Gestió i Promoció Inmobiliaria SL: la cantidad de 8.252,26 euros.
- f. A Clariana Mecánics S.L.: la cantidad de 5.161,56 euros.
- g. A Cosgaya y Clariana Contratación S.L.: la cantidad de 8.337,87 euros.
- h- A Juna (sic) Monclús: la cantidad de 5.964,10 euros.
- i. A Instalrapid Vallés SL: la cantidad de 560,54 euros.
- j. A Granaplaya Gestió SL: la cantidad de 1.121,06 euros.
- k. A Braulio : la cantidad de 5.094,96 euros.
- l. A Spumas 96 SL: la cantidad de 2.015,08 euros.

»A todas estas cantidades deberán aplicársele los intereses legales correspondientes desde la reclamación judicial de las mismas.

»Debe indicarse que dichas cantidades son las que, en el momento de la presentación de la presente demanda, constan cargadas en la cuenta de mis mandantes. Por tanto, si en el momento de dictarse sentencia se hubiesen cargado, como consecuencia de estas liquidaciones, otras cantidades en las cuentas de mis principales, deberán también ser devueltas.

»Asimismo, dichas cantidades han sido cargadas en las cuentas, dejándolas, en algunos casos, en descubierto. Consecuencia de lo anterior, el abono de dichas cantidades deberá realizarse en dichas cuentas, donde, tras liquidar el saldo negativo, quedará el saldo neto a percibir por mi mandante.

»Indicarse que en caso de ser así, y habida cuenta de la imposibilidad de su cuantificación al momento de la presentación de esta demanda, en trámite de ejecución de sentencia, y al estar perfectamente establecidos los criterios de la cuantificación, se acabarían de establecer las cantidades totales.

»3.- Condene a la parte demandada al pago a mis principales de los intereses legales que correspondan en cada caso.

»Segundo.- Como acción subsidiaria, en el caso de que no sea atendida la petición principal, subsidiariamente, para el caso de no acordarse la nulidad total solicitada, interesa

»1.- se declare la nulidad de la cláusula 5ª de los contratos de adhesión suscritos entre mis principales y Caixa d'Estalvis Sabadell en lo relativo a la obligación de los clientes de indemnizar por daños y perjuicios en caso de solicitar la cancelación anticipada del producto, siendo una cláusula abusiva, y en su consecuencia, nula



de pleno derecho, y por tanto, declarando la nulidad parcial del contrato en el sentido de completar el referido pacto 5ª, para que la facultad de resolución prevista en el mismo pueda ser ejercida de forma bilateral por cualquiera de las partes indistintamente sin que el cliente deba indemnizar por daños y perjuicios.

»2.- Declare la resolución judicial de los contratos de adhesión desde la fecha en que mis mandantes manifestaron su voluntad inequívoca de resolver dicho contrato, esto es:

- Tubolar SL: en fecha 2 de septiembre de 2009
- Punt i Apart Logistics SL: en fecha 15 de septiembre de 2009
- Ezequias , en fecha 10 de julio de 2009
- Jafer Gestió i Promoció Inmobiliaria SL, en fecha 16 de septiembre de 2009
- Clariana Mechanics SL, en fecha 30 de junio de 2009
- Cosgaya y Clariana Contratación SL, en fecha 30 de junio de 2009
- Jorge en fecha 2 de septiembre de 2009
- Instalrapid Vallés SL en fecha 7 de julio de 2009
- Granaplaya Gestió SL en fecha 7 de julio de 2009
- Braulio en fecha 21 de septiembre de 2009
- Spumas 96 SL en fecha 21 de septiembre de 2009

»Condenando a Caixa d'Estalvis Sabadell a realizar la liquidación del producto en tales fechas, debiéndose determinar en el trámite de ejecución de sentencia las cantidades que deben pagar mis mandantes hasta dicha liquidación, y si existe, o no, compensación respecto de las liquidaciones que Caixa Sabadell haya realizado hasta la fecha.

»Tercero.- Condene a la parte demandada al pago a mis principales de los intereses legales que correspondan en cada caso y al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.».

2. El procurador Josep Gubern Vives, en representación de la entidad Caixa d'Estalvis de Sabadell, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se disponga:

(i) la desestimación de la demanda interpuesta por las demandantes contra Caixa Sabadell, con absolución expresa de ésta;

(ii) subsidiariamente, en caso de declaración judicial de la nulidad o resolución contractual de todos o algunos de los contratos impugnados, se fije por terceros peritos designados de común acuerdo y por referencia a criterios objetivos y aceptados en el mercado financiero, el importe de la cancelación anticipada de cada contrato, incluyendo en dicha valoración las cantidades impagadas en dicho momento;

(iii) la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que se estima íntegramente la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. García Vicente, en la representación que tiene encomendada en el presente procedimiento de D. Ezequias y Clariana Mechanics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L., frente a Caixa d'Estalvis Unió de Caixes Manlleu, Sabadell y Terrasa, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gubern Vives y en consecuencia:

»Declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros núm. NUM000 suscrito por D. Ezequias el 16 de junio de 2008.

»Declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros núm. NUM001 suscrito por D. Ezequias el 28 de marzo de 2007.

»Declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros núm. 20590678856600000729 suscrito por Clariana Mechanics, S.L. el 12 de marzo de 2007.

»Declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros núm. 20590678877700000522 suscrito por Cosgaya y Clariana Contratación, S.L. el 12 de marzo de 2007.



»En consecuencia, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones diversas derivadas de los antedichos contratos más los intereses legales desde la presentación de la demanda.

»Se condena a la parte demandada a abonar las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Unnim Banc S.A. (antes Caixa d'Estalvis de Sabadell).

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 19 de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Unnim Banc SA contra la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell en fecha 19 de enero de 2011, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma y en consecuencia:

»Desestimamos la demanda en cuanto a las pretensiones de las sociedades Clariana Mecánics SL y Cosgaya y Clariana Contratación SL, absolviendo a la parte apelante de las mismas y dejando sin efecto la imposición de costas de las que no se hace especial imposición a ninguna de las partes.

»Se confirma la sentencia recurrida en sus restantes extremos, lo que se acuerda sin hacer expresa imposición de las costas del recurso y con devolución del depósito constituido para recurrir».

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

1. La procuradora Mónica García Vicente, en representación de Clariana Mecánics S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación S.L. interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de lo dispuesto en el anexo del RD 629/1993 sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios relativo al Código general de conducta de los mercados de valores, arts. 4 y 5, en relación con infracción del art. 7 del Código Civil .

2º) Infracción del art. 79 de la Ley 24/1988, sobre Mercado de Valores, en concreto los puntos 1.a y 1.e del art. 79.

3º) Infracción del art. 1266 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 27 de enero de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16ª, 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 las entidades Clariana Mecánics S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación S.L., representadas por la procuradora María Jesús González Díez; y como parte recurrida la entidad BBVA, S.A. (anteriormente Unnim Banc S.A.), representada por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

4. Esta Sala dictó auto de fecha 2 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de las entidades Clariana Mecanics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 19 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, en el rollo de apelación nº 309/2012, dimanante del juicio ordinario nº 2241/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad BBVA, S.A. (anteriormente Unnim Banc S.A.), presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de julio de 2016, 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 23 de marzo de 2007, Ezequias concertó con la entidad Caixa d'Estalvis de Sabadell (más tarde, Unnim Banc, S.A.) un contrato de gestión de riesgos financieros, un swap, sobre un notional de 700.000 euros. Más tarde, el 16 de junio de 2008, volvió a concertar otro contrato de gestión de riesgos financieros por un notional de 200.000 euros.

El 12 de marzo de 2007, las sociedades Clariana Mecánics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L., por mediación de su administrador (Sr. Plácido), concertaron sendos contratos de gestión de riesgos financieros, por un notional de 650.000 euros, en el primer caso, y 1.050.000 euros, en el segundo. El periodo de vigencia de ambos contratos era el mismo, del 2 de abril de 2007 al 2 de abril de 2011.

Don. Plácido era administrador de varias sociedades. Las sociedades que concertaron el swap tenían una persona dedicada específicamente a las cuestiones financieras, Luis Antonio , que intervino en la negociación de estos contratos. La esposa Don. Plácido en aquel momento era empleada de la sucursal de la Caixa d'Estalvis de Sabadell en la que se concertaron los dos contratos. Don. Plácido y el Sr. Luis Antonio reconocieron haber recibido **información** verbal del Sr. Tobar antes de la firma de los contratos, y que eran conscientes de la aleatoriedad del contrato, pero no de que las liquidaciones negativas pudieran llegar a ser tan onerosas como lo fueron a partir de 2009.

La cláusula 5ª de estos contratos establece que «si el cliente solicita la cancelación anticipada del producto, se le repercutirán los costes y perjuicios que esta cancelación haya ocasionado a la Caja».

Ezequias manifestó su voluntad de resolver sus contratos mediante un burofax de 10 de julio de 2009.

Clariana Mecánics, S.L. comunicó a la entidad bancaria su voluntad de resolver anticipadamente el contrato, mediante un burofax de 30 de junio de 2009. Y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L. también comunicó su voluntad de resolver el contrato, mediante un burofax de 30 de junio de 2009.

2. En la misma demanda, Ezequias y las sociedades Clariana Mecánics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L. solicitaron la nulidad de los cuatro contratos de gestión de riesgos financieros reseñados, por error vicio. Subsidiariamente, ejercitaron la acción de nulidad parcial de los contratos, en concreto de la cláusula 5ª relativa a la resolución anticipada de los contratos, así como la resolución de ambos contratos con devolución de las cantidades cobradas a los demandantes desde la fecha en que se notificó la cancelación anticipada.

3. El juzgado estimó la acción de nulidad respecto de los cuatro contratos, por error vicio en la contratación, al apreciar que no había existido una **información** clara de los riesgos que asumían los clientes con la contratación de estos productos. Junto con la nulidad de los cuatro contratos, el juzgado ordenó que las partes se restituyeran recíprocamente las prestaciones percibidas de los contratos anulados, más los intereses legales devengados desde la presentación de la demanda.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida por Unnim Banc, S.A., que había sucedido a Caixa d'Estalvis de Sabadell. La Audiencia que conoció de la apelación desestimó el recurso respecto de los dos contratos concertados por Ezequias , de tal forma que la declaración de nulidad y la consiguiente restitución recíproca de prestaciones quedaron confirmadas, y luego han devenido firmes al no haber sido objeto de posterior recurso.

Sin embargo, la Audiencia sí estimó el recurso que Unnim interpuso respecto de los dos contratos concertados por Clariana Mecánics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L. Entiende que la experiencia empresarial de su administrador, Don. Plácido , la intervención del Sr. Luis Antonio , encargado de las cuestiones financieras de las sociedades demandantes, así como el hecho de que estas fueran titulares de valores bursátiles y de productos de riesgo (que no se especifican), mostraban la ausencia de error vicio en la contratación.

La Audiencia, tras rechazar la nulidad por error vicio, entró a analizar la petición subsidiaria de nulidad parcial de ambos contratos, en concreto de la cláusula 5ª, y también la desestimó.

5. La sentencia de la Audiencia es recurrida en casación por Clariana Mecánics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L.. El recurso se articula en tres motivos que, por estar directamente interrelacionados, serán analizados conjuntamente.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación de los motivos* . El recurso se centra en el pronunciamiento que desestima la nulidad por error vicio. En los motivos del recurso denuncia la infracción de los artículos 4 y 5 del RD 629/1993 , así como el art. 79 LMV, que imponen unos **deberes de información** que no fueron cumplidos o satisfechos por la entidad financiera en la comercialización de los dos swaps. También denuncia la infracción del art. 1266 CC , al no apreciar la sentencia recurrida la existencia de error vicio, respecto de los riesgos del producto contratado, como consecuencia del incumplimiento de los reseñados **deberes de información**.

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

2. *Estimación del recurso.* Tiene razón el recurrente en que la denominada normativa pre-MiFID, en concreto los arts. 79 LMV y el art. 5 RD 629/1993, establecía unos especiales **deberes de información** aplicables a la comercialización de productos financieros complejos, como son los swaps contratados por las dos sociedades recurrentes. Estas exigencias de **información** trataban de paliar la asimetría informativa que existe en la contratación de productos financieros complejos con clientes que no son inversores profesionales. Así lo expresamos, entre otras, en la sentencia 60/2016, de 27 de enero:

«(T)ambién con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba "una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la **información** que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza" (Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 547/2015, de 20 de octubre).

»El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la **información** necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

»Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar **información** sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

»El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la **información** que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la **información** de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La **información** a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"».

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 (Caixa d'Estalvis de Sabadell) estaba obligada a suministrar una **información** clara y comprensible al cliente (en este caso las sociedades Clariana Mecánics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L.) que permitiera conocer los riesgos del producto. No ha quedado acreditado en la instancia que esta **información** hubiera sido proporcionada. Tan sólo se deja constancia de que existió una **información** verbal al administrador Don. Plácido y al empleado de las empresas encargado de las cuestiones financieras, Sr. Luis Antonio, pero no su contenido, respecto del que los tribunales de instancia dejan claro que las versiones son contradictorias y no declaran probado en que consistió. Se declara probado, porque fue reconocido por Don. Plácido y el Sr. Luis Antonio, que eran conscientes de que el contrato de gestión



de riesgos financieros, que les había sido ofrecido por la Caja, era aleatorio, y por lo tanto podía haber un riesgo de liquidaciones negativas. De lo que no eran conscientes, pues no queda acreditado y estos señores lo niegan, es de las graves pérdidas que podían sufrir en caso de una bajada drástica de tipos de interés, como la acaecida en el año 2009.

Las afirmaciones genéricas de que las sociedades demandantes tenían valores bursátiles y productos de riesgo, que no se especifican, no son suficientes para considerar que tuvieran la condición de inversores profesionales. En realidad, de lo que tenían experiencia, como deja constancia la Audiencia, era de financiación de las actividades empresariales desarrolladas por ambas sociedades, pero no de inversiones en productos complejos. Por ello, estas dos sociedades, aunque pudieran llegar a tener un cierto nivel de endeudamiento, ello no significa que fueran inversores profesionales, que no necesitaran ser informados de los concretos riesgos derivados de la contratación de productos complejos como el swap.

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. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, 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 los dos swaps contratados por las dos sociedades recurrentes, 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 quienes contrataron por las sociedades recurrentes, en cuanto que no ha quedado probado que recibieran esta **información** clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos **deberes** de **información** pesaba sobre la entidad financiera. Fue al recibir liquidaciones negativas, tras la bajada drástica de los intereses, cuando las dos sociedades recurrentes pasaron a ser conscientes del riesgo real asociado al producto contratado, y por ello se dirigieron a la Caja para cancelar anticipadamente los contratos. Resulta poco relevante que en la primera fase del contrato hubieran aceptado las liquidaciones positivas, insignificantes en relación con las negativas acaecidas en el 2009, consecuencia de la bajada drástica de los tipos de interés.

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

La presunción de error vicio, que admite una justificación en contrario, no ha quedado desvirtuada por la genérica referencia, contenida en la sentencia de la Audiencia, a que el administrador de las sociedades recurrentes, en la medida en que lo era de cuatro o cinco "empresas", debía tener un nivel de comprensión suficiente para la complejidad de los contratos, y que en la contratación hubiera intervenido la persona encargada en la empresa de las cuestiones financieras. Tampoco queda desvirtuada por el hecho de que la mujer del administrador trabajara en la sucursal que contrató el swap, pues por sí solo no justifica el conocimiento de los riesgos del producto, y, al mismo tiempo, puede explicar la confianza con que se firmaron los contratos, sin haber sido apercibidos de los concretos riesgos, que tampoco es seguro que, entonces, conocieran todos los empleados de las entidades financieras.

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

7. La estimación del recurso de casación provoca que casemos la sentencia de apelación, cuya parte dispositiva dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por Unnim Banc, S.A., y la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso (art. 398.2 LEC).
2. Desestimado íntegramente el recurso de apelación formulado por Unnim Banc, S.A., imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 LEC).

FALLO

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

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Clariana Mecánics, S.L. y Cosgaya y Clariana Contratación, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 19 de diciembre de 2013 (rollo núm. 309/2012), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas. 2º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Unnim Banc, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sabadell de 19 de enero de 2011 (juicio ordinario 2241/2009), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la 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.