



Roj: **STS 5233/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5233**

Id Cendoj: **28079110012016100689**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2016**

Nº de Recurso: **1023/2013**

Nº de Resolución: **694/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1322/2013,**
STS 5233/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad Urdisem S.L., representada por el procurador Antonio María Álvarez-Buylla y Ballesteros. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Joana María Miquel Fageda, en nombre y representación de la entidad Urdisem S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, contra el Banco Santander Central Hispano S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que, estimando la demanda:

a) declare la nulidad de los contratos acompañados como documento nº 13 a 15 a esta demanda, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

b) como consecuencia de la anterior declaración, condene a la demandada a abonar a mi mandante la cantidad de 198.678,86 euros, con sus intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial y los moratorios del art. 576 de la L.E.Civil .

c) imponga las costas del procedimiento a la demandada en caso de oponerse a la presente demanda».

2. La procuradora Verónica Cosculluela Martínez-Galofre, en representación de la entidad Banco Santander S.A. (antes Banco Santander Central Hispano 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. 13 de Barcelona dictó sentencia con fecha de 13 de septiembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Decisión: Estimar íntegramente la demanda de juicio ordinario, interpuesto por Urdisem S.L. representado por el procurador Sra. Miquel y defendido por el Letrado Sr. Valadez contra Banco Santander Central



Hispano S.A., representado por el procurador Sra. Cosculluela y defendido por el Letrado Sr. Ruiz Vallbona Rodríguez, declarando la nulidad del contrato de permuta financiera -swap y su contrato marco de operaciones Financieros, CEMOF, suscrito entre las partes en fecha 30 de enero de 2007 y 14 de abril de 2008, debiendo procederse a la restitución de las cantidades que en concepto del mismo las partes se hubieren entregado, debiendo en consecuencia hacer entrega Banco Santander Central Hispano a la actora Urdisem S.L. la cantidad de 198.678,86 ?.

Procede condenar al pago de las costas causadas en la instancia a la demandada».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Banco Santander, S.A.
2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 26 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2011 dictada por el Juzgado de 1^a Instancia número 13 de Barcelona , en los autos de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma y, en su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por Urdesim SL. contra el mencionado banco, con imposición de las costas a la parte actora y sin hacer imposición de las originadas en la alzada.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Joana María Miquel Fageda, en representación de la entidad Urdisem S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción del art. 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores .

2º) Infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores ».

2. Por diligencia de ordenación de 24 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación 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 Urdisem S.L., representada por el procurador Antonio María Álvarez- Buylla y Ballesteros; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

4. Esta Sala dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Urdisem, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 26 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.^a, en el rollo de apelación n.º 1119/2011 , dimanante del juicio ordinario n.º 1575/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Barcelona».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A., no presentó escrito de oposición.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de noviembre 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, tal y como fueron expuestos por la sentencia recurrida.

Urdisem, S.L. fue constituida en el año 2001 y su actividad económica era la promoción inmobiliaria. En el año 2007 facturaba más de dos millones de euros. Sus únicos socios eran Carlos Alberto y Caridad .

En escritura pública de fecha 30 de enero de 2007, Banco Santander concedió a Urdisem un crédito con garantía hipotecaria de 1.250.000 euros, con un interés variable referenciado al Euribor a un año y un plazo de 12 años de duración. Esta operación contó con el aval personal y solidario de Carlos Alberto y Caridad .



i) Al amparo de un previo «contrato marco de operaciones financieras», concertado por Banco Santander y Urdisem, aquel mismo día 30 de enero de 2007, estas dos entidades firmaron un contrato de «confirmación de permuta financiera de tipos de interés», modalidad «swap bonificado reversible media», sobre un importe nominal de 2.000.000 euros y de dos años de duración. En el contrato se fijaba como tipo variable de referencia a pagar trimestralmente por el banco el Euribor a 12 meses, mientras que el cliente por su parte debía pagar anualmente bien el tipo fijo establecido (4,48%) en el caso de que el variable medio trimestral sea igual o inferior al tipo barrera knock-in (4,75%), o bien el indicado tipo medio variable si ese tipo medio superase al tipo barrera knock-in.

El contrato contenía un anexo denominado de funcionamiento del producto Swap Bonificado Reversible Media, con el siguiente contenido:

«Definición: Es un intercambio de tipos de interés entre el Cliente y el Banco en el que el Cliente recibe trimestralmente el Euribor 12M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar anualmente el tipo fijo correspondiente, siempre y cuando, la media aritmética de las cuatro fijaciones del Euribor 12M al inicio de cada uno de los trimestres que integran el periodo anual de que se trate, no supere el nivel de referencia (tipo barrera Knock-in) correspondiente.

»Si esto sucede, el Cliente quedará referenciado, en este periodo, a tipo de interés variable: recibirá el Euribor 12M y pagará al Banco la media aritmética a que se refiere el párrafo anterior menos el diferencial correspondiente, en su caso.

»Este producto es consistencia con una visión de subida de tipos de interés, más moderada cuanto menor sea la distancia entre el tipo fijo y el tipo barrera knock-in, y a la inversa.

»Liquidación: Las liquidaciones se calculan sobre el importe nominal vivo en cada fecha de liquidación y se producen de la siguiente forma:

»- El cliente recibe trimestralmente: Euribor 12M fijado al inicio de cada periodo trimestral; y

»- El cliente paga anualmente: el tipo fijo correspondiente o si la media aritmética de las cuatro fijaciones del Euribor 12M del inicio de cada uno de los trimestres que integran el periodo anual de que se trate, supera el nivel de referencia (tipo barrera knock-in) correspondiente, dicha media aritmética menos el diferencial correspondiente, en su caso.

»Escenarios: En el primer periodo anual, siendo el tipo fijo el 4,48%, el nivel de referencia (tipo barrera knock-in) el 4,75% y el diferencial 0,00%; en función de la evolución del tipo variable de referencia pueden darse los siguientes escenarios:

Escenario Liquidación Neta

Resultado

Tipo variable medio

trimestral* \leq 4,75 % El Cliente recibe trimestralmente Euribor 12M del inicio de cada periodo trimestral y paga anualmente tipo fijo 4,48 %

El resultado positivo o negativo de esta estrategia dependerá:

- si no se supera el nivel de referencia, del comportamiento durante el periodo anual del Euribor 12M de las fechas de fijación respecto al tipo fijo.

Tipo variable medio

trimestral* $>$ 4,75 % El Cliente recibe trimestralmente Euribor 12M del inicio de cada periodo trimestral y paga anualmente la media del Euribor 12M del inicio de cada periodo de cálculo trimestral menos un diferencial del 0,00%

- si se supera el nivel de referencia, del comportamiento comparativo del Euribor 12M de las fechas de fijación respecto a la media aritmética del Euribor 12 M del inicio de cada periodo de cálculo trimestral

»* Tipo variable medio trimestral se refiere a la media aritmética (no ponderada) del Euribor 12M del inicio de los cuatro trimestres comprendidos en el periodo de cálculo anual.

»El análisis del resto de los periodos sería similar pero considerando el tipo fijo, el nivel de referencia y el diferencial correspondiente, en su caso.

»Consideraciones:



- » - El margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado no está cubierto por este producto.
- » - La cobertura que ofrece este producto podría verse afectada por dos factores que tienen que ser analizados por el cliente: 1) la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación de la que esta operación es cobertura y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2) la discrepancia entre las fechas de revisión del tipo de interés de la financiación y las fechas de fijación de intereses de la permuta.
- » - Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente».

Las liquidaciones trimestrales de ese contrato correspondientes a mayo, agosto y noviembre de 2007 fueron positivas a favor de Urdisem (20.616,56, 21.880,44 y 23.432,50 euros respectivamente); mientras que la liquidación de febrero de 2008 supuso el pago por el cliente de 67.430,44 euros.

ii) El 14 de abril de 2008, previa realización de los test de conveniencia e idoneidad previstos en la normativa MiFID, las mismas partes suscribieron un nuevo contrato de permuta de tipos de interés que sustituía expresamente al anterior de enero de 2007, con coste de cancelación cero. Su contenido era similar a éste (se mantuvo el importe nominal), sólo que se aumentaba la duración a cuatro años y se incrementaba el tipo fijo (4,60%) a pagar por Urdisem y el tipo barrera superior (6,45%).

El contrato contenía un anexo denominado de funcionamiento del producto Swap Flotante Bonificado, con el siguiente contenido:

«Definición: Se trata de la cancelación anticipada de una/s operación/es de permuta financiera de tipos de interés contratada/s en el paso y la contratación simultánea de una operación de swap flotante bonificado.

»El Cliente manifiesta que, ante el cambio de las condiciones de mercado, el swap flotante bonificado se adapta mejor a sus expectativas de mercado que la/s operación/es anterior/es, razón por la que cancela la/s operación/es antigua/s y contrata la nueva.

»Ambas operaciones se consideran de manera conjunta e inseparable, de forma que la contratación de la nueva operación es condición necesaria para la cancelación de la/s operación/es existente/s.

»La nueva operación que se contrata es un intercambio de tipos de interés entre el Cliente y el Banco en el que el Cliente recibe trimestralmente el Euribor 3M fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente el Euribor 3M menos un diferencial, con un máximo igual al tipo cap menos el diferencial, salvo que:

»i) El Euribor 3M sea inferior al tipo barrera inferior, en cuyo caso pagará un tipo fijo.

»Este producto es adecuado para clientes que desean quedarse referenciados a tipo variable y reducir su coste financiero, pagan variable menos un diferencial, a cambio del riesgo de pagar un tipo fijo (superior al tipo variable que recibirán) si los tipos de interés bajan hasta situarse por debajo del tipo barrera inferior. No obstante, el producto ofrece protección absoluta al nivel del tipo cap menos el diferencial en el caso de subidas pronunciadas de los tipos de interés.

»Por tanto, el producto es consistente con una visión de los tipos de interés tanto de estabilidad como de subida o bajada moderada.

»Liquidaciones: La liquidación se realiza por diferencias al final de cada periodo de cálculo y los flujos se calculan sobre el importe nominal vivo a cada fecha de revisión, detallado en la correspondiente confirmación.

»Escenarios: Siendo el tipo barrera inferior al 3,70% el tipo fijo el 4,60%, el diferencial el 0,15%, y el tipo cap el 6,45%, en función del tipo variable de referencia pueden darse los siguientes escenarios:

Escenario

Liquidación neta

EURIBOR 3M < 3,70%

Negativa para el Cliente, que recibe el Euribor 3M de las fechas de fijación y paga el 4,60%. En este escenario, la liquidación negativa mínima sería de 9,90% en contra del Cliente.

3,70%=< EURIBOR 3M=>6,45% Positiva para el Cliente, que recibe el diferencial de 0,15%

6,45% < EURIBOR 3M

Positiva para el Cliente, que recibe el Euribor EM de las fechas de fijación y paga el 6,30% (tipo cap - diferencial).



»Consideraciones:

»- El margen asociado a la financiación con la que se relaciona este derivado, en su caso, no está cubierto por este producto.

»- El resultado financiero que ofrece este producto podría verse afectado por dos factores que tienen que ser analizados por el Cliente: 1) la discrepancia entre el cuadro de amortización de la financiación con la que esta operación esté relaciones, en su caso, y el cuadro de amortización del propio producto derivado y 2) la discrepancia entre las fechas de revisión del tipo de interés de la financiación y las fechas de fijación de intereses de la permuta.

»- Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el Cliente del coste correspondiente».

Las liquidaciones periódicas de esa segunda permuta financiera de julio y octubre de 2008 y enero de 2009 fueron favorables a Urdisem con ingresos respectivos de 758,34, 766,67 y 766,67 euros; mientras que las liquidaciones de abril, julio y octubre de 2009 arrojaron resultados favorables al banco por valor de 10.950, 16.152,49 y 18.635,11 euros respectivamente.

El 1 de diciembre de 2009, Banco Santander y Urdisem acordaron una novación modificativa del préstamo hipotecario de enero de 2007 (se retrasó el plazo de finalización del periodo de carencia y se efectuó una disposición de capital de 211.011,03 ?); y la cancelación del swap de abril de 2008, con el abono por parte de Urdisem de 153.732 euros, lo que se hizo efectivo ese mismo día mediante la aplicación de una parte de la referida disposición de crédito.

En noviembre de 2010, Urdisem presentó una demanda en la que solicitaba la nulidad por error vicio de los dos contratos de permuta financiera, y la restitución recíproca de las liquidaciones y prestaciones realizadas en el curso de ambos contratos.

2. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, apreció error en el consentimiento y ordenó la restitución recíproca de prestaciones, que se traducía, al final, en la condena al banco a restituir a la demandante 198.678,86 euros.

Las razones de su decisión fueron las siguientes: i) la promotora Urdisem -se entiende que sus administradores- carecía de conocimientos específicos en el campo financiero; ii) el banco no cumplió con los específicos deberes de información que se le imponen para comercializar productos financieros complejos; iii) además de ese defecto de información, el banco recabó el consentimiento de forma sorpresiva; iv) respecto del primer contrato de swap, el cliente pudo verosímilmente imputar la percepción de beneficios en las primeras liquidaciones de los swaps a sendas disposiciones del crédito hipotecario concedido por el banco; y v) el banco no valoró adecuadamente la idoneidad y conveniencia de la contratación de swaps por Urdisem habida cuenta su nula experiencia financiera.

3. Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda, al no apreciar que hubiera existido error vicio en el consentimiento prestado para la contratación de los dos swaps.

La Audiencia argumenta que el contrato de swap cumplía la función de cobertura del sobre coste financiero que le podía reportar al cliente una eventual subida del Euribor, al que estaba referenciado el tipo variable del crédito hipotecario que tenía concertado con el banco. Por otra parte, entiende que el cliente fue correctamente informado o pudo serlo, porque el contrato contenía, como anexo, «un cuadro con los diversos escenarios que podrían darse en función de la evolución del Euribor por encima o por debajo del tipo de barrera, con lo que se ofrecía al cliente una información bastante de la aleatoriedad inherente a la operación, con la consiguiente posibilidad de que las liquidaciones le fueran favorables o adversas». En cuanto al contrato de abril de 2008, la sentencia deja constancia de que «antes de firmarlo, un apoderado especial de Urdisem, Carlos Alberto , rellenó el test de conveniencia y el de idoneidad, en los que se dejaba constancia de que Urdisem tenía una facturación entre 0,5 y 5 millones de euros, que no disponía de asesoramiento externo para la contratación de instrumentos financieros, y que se hallaba familiarizado con esos productos porque era titular de alguno de ellos, con el que había operado en los dos últimos años. Insiste en que el contrato contenía en el anexo un cuadro con los distintos escenarios que podían darse en función de la evolución de los tipos de interés. Y que no había habido captación sorpresiva de la firma del Sr. Carlos Alberto ».

4. Frente a la sentencia de apelación, el demandante formula recurso de casación, que se articula en dos motivos.

SEGUNDO. *Recurso de casación*



1. For *mulación de los motivos* . El *motivo primero* se funda en la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC , en relación con el art. 79 LMV, y de la jurisprudencia que los interpreta. La infracción se habría cometido porque la sentencia de apelación no ha otorgado efectos invalidantes a la falta de información sobre los graves perjuicios económicos que se podrían suscitar de variar, como así ocurrió, los tipos de intereses en los dos contratos de swap concertados por las partes.

El *motivo segundo* denuncia la infracción del art. 79 LMV, respecto del deber de información previa o precontractual a la permuta financiera de abril de 2008.

Procede analizar conjuntamente ambos motivos, que son estimados de acuerdo con los razonamientos que exponemos a continuación.

2. *Estimación del recurso*. La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a dos contratos sucesivos de swap, también denominados de permuta financiera de tipos de interés. El primero se firmó el 30 de enero de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV. El segundo contrato se concertó el 14 de abril de 2008, cuando ya estaba en vigor esta normativa MiFID.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como bajo la pre-MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias (1ª) 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre] .

3. En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan especiales deberes de información:

«(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 (Urdisem) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto. Esta información no ha quedado acreditado en la instancia que hubiera sido proporcionada.

La Audiencia argumenta que en el anexo de ambos contratos aparecía un cuadro de escenarios posibles, en función de la variación del Euribor, pero ello, por sí mismo es insuficiente para tener por cumplidos los reseñados deberes de información. En primer lugar porque, como hemos declarado en otras ocasiones, estos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero ; y 489/2015, de 16 de septiembre). Y, en segundo lugar, porque la información contenida en los anexos muestra unos escenarios muy simples de subida o bajada moderada de los tipos de interés, sin explicar con claridad el riesgo derivado de una bajada drástica de tipos de interés, como la ocurrida a partir del año 2009, esto es, cuanto tendría que pagar el cliente en esos casos.

4. La existencia de los reseñados 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 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 quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que 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 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.

Es lógico que el cliente cayera en la cuenta de aquellos riesgos durante la vigencia del primer contrato, en el que las liquidaciones positivas se compensaron con las negativas, y su cancelación no le reportó ningún coste adicional. Fue al recibir liquidaciones negativas del segundo swap, tras la bajada drástica de los intereses, cuando pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado, y por ello se dirigió al banco para cancelar anticipadamente el contrato, con el consiguiente coste adicional.

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 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.

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 Banco Santander 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 Banco Santander, 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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Urdisem, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16ª) de 26 de febrero de 2013 (rollo núm. 1119/2011), que dejamos si efecto, sin hacer expresa condena en costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.
- 2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona de 13 de septiembre de 2011 (juicio ordinario 1575/2010), 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.