



Roj: **STS 2042/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2042**

Id Cendoj: **28079110012017100321**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2017**

Nº de Recurso: **2864/2014**

Nº de Resolución: **322/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 943/2014,**
STS 2042/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de mayo de 2017

Esta sala ha visto visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 196/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la Mercantil Dalmadel, S.L., representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Federico Gordo Romero; siendo parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 1.º- La procuradora doña Eva Foronda Rodríguez, en nombre y representación de la entidad mercantil Dalmadel SL., interpuso demanda de juicio ordinario, contra Banco Santander S.A alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Se declare la NULIDAD DEL PRIMER CONTRATO COLLAR BONIFICADO de fecha 26 de septiembre de 2005 y vencimiento 3 de octubre de 2010, por importe de 250.000 C, (DOCUMENTO N° 2), firmado entre las partes¹ así como sus renovaciones siguientes:

»5 Contrato Swap bonificado reversible media de fecha 18/10/2006 y fecha de vencimiento 24/10/2011 por importe de 419.000 C (DOCUMENTO N° 3).

»6 Contrato Swap bonificado reversible media de fecha 7/05/2007 y fecha de vencimiento 07/05/2010 por importe de 600.000 C, (DOCUMENTO N° 4).por haber concurrido en la formalización VICIOS INVALIDANTES EN LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO, o bien, por la demostrada falta de causa sobre la formalización de los mismos, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad de los citados contratos, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia de los mismos, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil , de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón de los contratos en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas».



2.º- La procuradora doña María Lago González, en nombre y representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo casi a la demandante».

3º.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra.

Foronda Rodríguez actuando en nombre y representación de la entidad DALMADEL SL contra la entidad BANCO SANTANDER SA debo: - Declarar la nulidad del primer Contrato Collar Bonificado de fecha 26 de Septiembre de 2005 y vencimiento 3 de octubre de 2010, por un importe de 250.000 euros (documento 2) firmado entre las partes, así como las renovaciones siguientes:

» contrato swap bonificado reversible media de fecha 18/10/2006 y fecha de vencimiento 24/10/2011 por importe de 419.000 euros (documento 3) y

contrato swap bonificado reversible media de fecha 07/05/2007 y fecha de vencimiento 07/05/2010 por importe de 600.000 euros (documento nº 4

- con la consecuencia de restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia de los mismos, con sus frutos y el precio de sus intereses, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior, procediendo la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón de los contratos en la cuenta asociada de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

»Con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Banco Santander S.A.. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de la entidad Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de primera Instancia n.º 5 de Valladolid en fecha 18 de abril de 2013, en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

«Imponemos a la parte actora las costas de la primera instancia y no hacemos expresa imposición de las de esta alzada».

TERCERO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de Dalmadel S.L, con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC , en relación con el artículo 24.1. de la CE , y de los artículos 316 , 326 , 348 y 376 de la LEC y jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto de la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria e ilógica. Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC , en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 217 de la LEC , y la jurisprudencia que la desarrolla, y que se cita en el presente motivo. Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.2. de la LEC , en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 209, en relación con el artículo 218.2. de la LEC por falta de motivación, y la jurisprudencia que lo desarrolla.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC , por infracción de los artículos 1265 y 1266, en relación con los artículos 1300 y ss del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad sobre la base del error en el consentimiento, cuando se han acreditado los requisitos para ello, según los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla. Segundo.-Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC , por infracción de los artículo 7.1 ., 1310 . 1311 y 1313 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, al considerar la sentencia recurrida que la falta de quejas hasta julio de 2011, es demostrativo de actos propios de que la actora estaba debidamente informada. Tercero.- Al amparo del artículo 477. 3 de la LEC , por infracción del artículo 79 de la ley del Mercado de Valores , ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales acerca del contenido de la obligación de informar a cargo de las



entidades financieras en la comercialización de contratos de permuta financiera de tipos de interés. Todo ello en íntima relación con los artículos 1265 y 1266 del Código Civil .

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

QUINTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander, SA, presentó escrito de impugnación al mismo.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de Mayo de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La mercantil DALMADEL S.L. ejercito, a través de su administrador único Sr. Leopoldo , acción de nulidad de contrato collar bonificado de fecha 26 de septiembre de 2005 y vencimiento 3 de octubre de 2010 y su renovaciones, contrato swap bonificado reversible media de fecha 18 de octubre de 2006 y vencimiento 24 de octubre de 2011 y contrato swap bonificado reversible media de fecha 7 de mayo de 2007 y vencimiento 7 de mayo de 2010, concertados con Banco Santander.

Alegó como fundamento de su pretensión, en lo ahora relevante, el error como vicio invalidante de la prestación del consentimiento.

2.- La entidad demandada se opuso a la anterior pretensión, invocando la ausencia de error y haber cumplido la normativa de transparencia financiera.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda con la siguiente motivación:

(i) El cliente es un minorista no especializado y que no responde al perfil de inversor de riesgo, sino que buscaba la tranquilidad de un producto de cobertura de riesgos para el alza de los tipos de interés.

No consta que la empresa contase con personal especializado o que recurriera a asesoramiento externo, sino que quien intervino en su nombre carece de titulación económica, financiera o contable.

Lo anterior lo infiere de los testimonios prestados por quienes declararon en juicio.

La Sra. Alicia , empleada del banco, que efectuó al cliente la información-explicación, indica que se facilitó la demostración por escrito, así como la documentación, y que el cliente entendió el producto ofrecido. Se le informó acerca de la cancelación anticipada. No hubo necesidad de efectuar test de conveniencia y se le ofrecieron los contratos en función de cobertura por la deuda que tenía.

El Sr. Jose Ángel , director de la sucursal del banco donde se suscribieron los contratos, declaró que se vendió el producto porque el demandante estaba preocupado por la subida del Euríbor y se vendió como seguro de tipo de intereses.. Añade que tal cliente no tenía concertados productos de inversión, que se le indicó que era para cubrir subida de intereses y se lo ofreció el banco sin constar datos acerca del perfil del cliente. Afirma el director que no comercializó el producto, sino que sólo firmó.

La Sra. Leopoldo , empleada de la actora, se encarga de la administración, que cuenta con asesoría fiscal-laboral externa, y declaró que los contratos los firmó su hermano, representante legal de la mercantil, que carece de conocimientos financieros y preparación adecuada al efecto.

(ii) La información del banco al cliente-fase pre contractual y contractual-básica y máxima en productos de riesgo, como son los contratos litigiosos, no se llevó a cabo en los términos legales ex art. 79 bis LMV. A pesar del anexo explicativo, la información no fue idónea y adecuada para que el cliente formase correctamente su voluntad sobre los extremos sustanciales de los contratos. Así se infiere de la pericial aportada por la parte actora.

(iii) No obsta a tal error el hecho de que el cliente no hubiere mostrado disconformidad o dudas acerca del contenido del contrato en el período que recibe las liquidaciones positivas y cuando llega la primera liquidación negativa, que es cuando alcanza a comprender el error sufrido y el elevado coste que supone la cancelación anticipada de los productos.



4.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la entidad demandada, del que conoció la sección primera de la audiencia Provincial de Valladolid, que dictó sentencia el 31 de julio de 2014 por la que estimaba el recurso interpuesto y absolvía a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

5.- Al motivar su decisión aborda tres cuestiones: (i) el perfil inversor de la entidad actora; (ii) si esta entidad recibió información suficiente de los productos contratados; (iii) si la parte actora tuvo conocimiento del objeto del contrato suscrito, de su funcionamiento y de los riesgos de formalización del contrato.

6.- Respecto del primer extremo califica a la actora como entidad experta en la contratación de todo tipo de contratos bancarios y otros productos de carácter especulativo y de un perfil inversor con formación y experiencia para comprender con solvencia el objeto de los contratos litigiosos.

Infiere tal calificación de los siguientes hechos:

(i) La entidad tiene actividades mercantiles variadas, pues se dedica a la explotación agrícola, ganadera y forestal y, eventualmente, a la comercialización e industrialización de los productos obtenidos.

(ii) Su administrador único y representante legal, que firmó los contratos, es socio y administrador único de otra empresa, que se dedica a la venta y distribución de toda clase de combustibles, producción y comercialización de energía renovables.

(iii) Es administrador único de una entidad cuyo objeto social aparece constituido por asesoramiento, gestión, administración y representación y coordinación de cualquier tipo de inversión y financiación en especial en materia ecológica, sanitaria y social.

(iv) Figura como administrador social solidario de una entidad con idéntico objeto social que la actora, pero concretada a la explotación vitivinícola.

(v) Las cuentas, balances y memorias presentadas en el registro mercantil de todas esas empresas, con idéntico domicilio social, demuestran la realización de habituales operaciones financieras para el desarrollo de sus actividades. Así lo demuestran los contratos de leasing concertados, que califica de operación especulativa de inversión por sus ventajas fiscales.

(vi) El número de trabajadores de la empresa (28).

(vii) La existencia de importantes activos inmobiliarios, valorados en 854.062,63 ?.

(viii) La existencia entre los directivos de una figura de director financiero, que recae en la hermana del administrador único.

7.- En cuanto al segundo extremo la sentencia de la Audiencia llega a la conclusión de que la actora dispuso de suficiente información para poder decidir.

Tal suficiencia la infiere del clausulado de los tres contratos, en el que se recoge la posibilidad de que tenga que pagar el cliente y se describen los escenarios del funcionamiento del producto.

También, con fundamento en el clausulado, se recoge que la contratante declaró conocer y aceptar los riesgos, que ninguna parte había sido asesorada por la otra y que obra con base a sus propias estimaciones y cálculo de riesgos.

8.- Finalmente, y en cuanto a si tuvo conocimiento la parte actora del objeto del contrato, su funcionamiento y riesgos, alcanza la conclusión de que así fue.

Existen indicios en que funda su aserto: (i) tras su primera liquidación negativa respecto del primero de los contratos, que tuvo lugar el 3 de octubre de 2006, 15 días después concertó otro swap en parecidas condiciones; (ii) la primera reclamación que hace es el 26 de julio de 2011 y en esa fecha ya se habían producido liquidaciones negativas respecto del primer contrato en los meses de octubre de 2007 (-7638,82 euros), octubre de 2008 (-9174,11 euros), octubre de 2009 (-4771,25 euros) y octubre de 2010 (-4850,02 euros). Respecto del segundo de los contratos se habían producido liquidaciones negativas en los meses de octubre de 2007, 2008, 2009 y 2010. Y respecto del tercer contrato en los meses de mayo de 2008, 2009 y 2010. Ninguna queja había formulado la parte actora respecto al funcionamiento del producto y de la posibilidad de que se realizasen por la entidad bancaria liquidaciones negativas; (iii) todo ello son actos demostrativos de que se encontraba informada y sabía de las condiciones de los productos suscritos, sobre todo respecto a las liquidaciones producidas en los años 2006, 2008 y 2009 muy alejadas en el tiempo de la reclamación que formula a la entidad bancaria en el mes de julio del año 2011; (iv) resulta ilógico que suscribiese otros dos swap después del primero si no estaba correctamente informada la entidad actora de las características del producto, si es que había sido sorprendida por una liquidación negativa referida al primero de los contratos.



9.- La representación procesal de la parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

10.- La sala dictó auto el 21 de diciembre de 2016 por el que admitía el recurso de casación y no admitía el recurso extraordinario por infracción procesal.

Tras el oportuno traslado, la parte recurrida se opuso al recurso de casación, si bien alegó un óbice de admisibilidad consistente en que el recurso no se ajustaba en cuanto a su fundamentación a la base fáctica de la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- *La parte articula el recurso de casación en tres motivos:*

1.- Motivo primero. Enunciación y desarrollo.

Lo formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción de los arts. 1265 y 1266 CC , en relación con los arts. 1300 y ss CC y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad sobre la base del error en el consentimiento, cuando se han acreditado los requisitos para ello, según los artículos citados y jurisprudencia que los desarrolla. Cita la sentencia 840/2013, de 20 de enero .

En el desarrollo del motivo defiende la existencia de un error esencial y excusable en atención a su perfil ,a la ausencia de asesoramiento ad hoc para este tipo de productos y a una inadecuada información pre contractual y contractual.

Hasta el momento de la contratación de los productos litigiosos la actora no había concertado ningún producto bancario de alto riesgo, careciendo de experiencia en tales clases de productos, lo que unido a la falta de información suficiente género en ella la falsa creencia de que se trataba de un producto que le proporcionaba cierta protección contra las tendencias alcistas que en aquéllas fechas tenían los intereses.

2.- Motivo segundo. Enunciación y desarrollo.

Lo formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , por infracción de los arts. 7.1 , 1310 , 1311 y 1313 CC y la jurisprudencia que los interpreta, al considerar la sentencia recurrida que la falta de quejas hasta julio de 2011, es demostrativa de actos propios de que la actora estaba debidamente informada.

Con cita de las SSTs de 8 de mayo de 2008 ; 31 de enero de 1995 ; 779/1996, de 30 de septiembre, y 620/1999, de 9 de julio, afirma la recurrente en el desarrollo del motivo, que en modo alguno puede entenderse que la demandante haya confirmado el contrato, por el hecho de que tuviera liquidaciones negativas y no hubiera presentado reclamación documental hasta julio de 2011. No se puede admitir tal conclusión en atención a que la actora no contó con la información necesaria para que pudiera prestar un consentimiento cabal sobre el producto que contrato, lo que supuso que el consentimiento prestado adoleciera de un error esencial e invalidante; de manera que la existencia de dicho error constituye motivo suficiente para entender desestimada la concurrencia de la teoría de los actos propios.

3.- Motivo tercero. Enunciación y desarrollo.

Se formula al amparo del art. 477.3 LEC , por infracción del art. 79 LMV, ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales acerca del contenido de la obligación de informar a cargo de las entidades financieras en la comercialización de contratos de permuta financiera de tipos de interés. Todo ello en íntima relación con los arts. 1265 y 1266 CC .

TERCERO.- *Al enjuiciar los tres motivos procede hacer una doble consideración:*

1.- El tercer motivo solo será examinado en función de la decisión que acuerde la sala respecto de los dos primeros.

2.- Conforme autoriza doctrina de la sala se va enjuiciar conjuntamente los dos primeros motivos, ya que en esencia la cuestión que late es la misma, a saber si la actora contrato con error invalidante de su consentimiento en atención a la singularidad de los productos de riesgo que le fueron ofrecidos por la entidad financiera.

CUARTO.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alega la inadmisibilidad del recurso por no ajustarse, en cuanto a su fundamentación, a la base fáctica de la sentencia impugnada.

Tal causa de inadmisibilidad debe ser desestimada, pues la sala ofreció respuesta a ello en el auto de 21 de diciembre de 2016 al motivar la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal.



Deja claro que la mayoría de las cuestiones (en lo esencial las relativas al perfil del cliente y a la suficiencia informativa del contenido de los documentos) tienen un componente jurídico propio del recurso de casación y no tanto del ámbito de fijación de hechos.

Por tanto, lo que son meros datos fácticos son inamovibles y vinculantes para la sala, pero no la valoración jurídica que se haga de ellos, que entra en el ámbito propio del recurso de casación.

QUINTO.- La parte recurrida plantea, también en su oposición al recurso, y como motivo previo, el de caducidad de la acción.

Tal alegación debe desestimarse al no haberse formulado oportuna y explícitamente en momento procesal adecuado, como se deduce de que ninguna de las sentencias de las instancias hacen mención a ella ni la enjuician.

No puede (sentencia 132/2017, de 27 de febrero) servir de excusa que su examen viene exigido por el orden público procesal, ya que éste vincula para resolver las cuestiones planteadas en el momento procesal que corresponde y no de forma extemporánea.

La extemporaneidad afecta a otros principios esenciales como son los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales (art. 24.1 CE).

En casación no pueden plantearse cuestiones que no hayan sido formuladas en apelación (sentencia del pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015).

SEXTO.- *Decisión de la sala.*

Para la oportuna decisión de los motivos del recurso, vamos a seguir, metodológicamente, las causas por las que la sentencia recurrida niega la existencia de error excusable que vicie el consentimiento.

Pero como cuestión previa se debe recordar (sentencia 11/2017, de 13 de enero) que «entra en el ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable. Por tanto, no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de información y la capacidad de los demandantes (de su representante) para entenderla en tanto que empresario de cierta importancia»

«La valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del representante de las demandantes para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación».

1.- En múltiples sentencias de esta sala, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, se viene manteniendo que en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y de los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.

Consecuencia de ello es que sea relevante el perfil del cliente, habiéndose afirmado en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión (SSTs 11/2017, de 13 de enero ; 6 de abril de 2017).

De ahí que inferir de ese dato, como hace la sentencia recurrida, que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo, calificación que no se discute, contradice la jurisprudencia de la sala.

Como afirma la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre , el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la de simple empresario (en este caso de los sectores a que se hace mención en el resumen de antecedentes) sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

La sentencia recurrida sobre la base de estos datos, probados y respetados, contradice la jurisprudencia de la sala, que afirma en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , y 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues



son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

Por tratarse de una empresa que contrae préstamos, con o sin garantía hipotecaria, o concierta contratos de leasing, no puede presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria compleja.

Por tanto el primer argumento de la sentencia sobre el perfil de la actora, como experta inversora en productos financieros complejos y de riesgo, no puede ser acogido. Es esclarecedora a tal fin la sentencia 60/2016, de 12 de febrero .

Por idénticos motivos de cualificación para negociar esta clase de productos, se ha excluido el carácter excusable del error aún interviniendo un asesor fiscal (sentencia 496/2016, de 15 de julio , 579/2016, de 30 de octubre , y 11/2017, de 13 de enero).

La hermana del administrador único de la actora tiene el cargo de asesora financiera de ésta, pero no consta que sus conocimientos excedan de los usuales para una empresa y trasciendan a los especializados para este tipo de productos litigiosos; por lo que la inferencia del tribunal de apelación también contradice la jurisprudencia de la sala en este extremo.

2.- La sentencia recurrida llega a la conclusión de que la actora dispuso de suficiente información para poder decidir.

Tal suficiencia la funda en el contenido de las cláusulas de los tres contratos, por recoger la posibilidad de que el cliente tenga que pagar y, también, por describir los escenarios de funcionamiento del producto.

Asimismo motiva la sentencia de la audiencia para alcanzar tal conclusión, que la actora contratante declaró conocer y aceptar los riesgos y que obraba con base a sus propias estimaciones y cálculo de riesgos.

Tales valoraciones jurídicas de los hechos probados contradicen la jurisprudencia de la sala:

(i) Viene afirmando esta (sentencia 195/2016, de 29 de marzo , con cita de las anteriores sentencias 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero) que «no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero). (...) no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés ».

Se insiste en las anteriores afirmaciones, entre otras, en las sentencias 11/2017, de 13 de enero , y 132/2017, de 27 de febrero .

Como afirmamos en la sentencia 692/2015, de 10 de diciembre , «el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nominal».

(ii) Tal información, como sostiene la sentencia recurrida, no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre , y 195/2016, de 29 de marzo).

Hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (sentencia 11/2017, de 13 de enero , y las que en ella se citan).

(iii) « Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las fechas en que se firmaron los contratos en los artículos 78 y 79 de la ley de mercado de valores y en el real decreto 629/1993 , no quedan satisfechos por una mera ilustración de lo obvio..... No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fructificación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada» (sentencia 132/2017, de 27 de febrero).



La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. A la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. (Sentencia 11/2017, de 13 de enero).

(iv) La audiencia, partiendo de la doctrina de la sala que se ha expuesto, no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informase al cliente de los riesgos de la operación, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que considera suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, concediendo relevancia al hecho de que los contratos contenían menciones a su funcionamiento y riesgos.

Como afirma la sentencia 132/2017, de 27 de febrero , basta la lectura del contenido de los documentos para no asumir tal valoración jurídica de la audiencia, si se atiende al lenguaje empleado, trufado de términos técnicos en inglés, sin que tampoco se advierta en cuanto al riesgo de que el coste de cancelación pudiera ser muy elevado.

De las testificales de la empleada y director de la sucursal del banco que intervinieron en la contratación, de manera directa, con el cliente, no se colige la información detallada a que se ha hecho mención como exigencia jurisprudencial.

Es más la Sra. Alicia reconoce que se le ofrecieron los contratos al cliente por la deuda que tenía y en función de cobertura, y el señor director afirma que se vendió el producto porque la demandante estaba preocupada por la subida del Euríbor y se vendió como seguro por tipo de interés.

Lo que sucede es que la audiencia, como ya se ha adelantado, atiende a la literalidad de los documentos suscritos, concluyendo, que «con tales advertencias y cláusulas documentadas contractualmente debe estimarse como no acreditada la afirmación recogida en la demanda que el producto se le ofreció como un seguro y además gratuito», y, de ahí, que mantengamos que se aparta de la doctrina de la sala.

3.- Una vez ofrecida respuesta al perfil del cliente para la contratación de este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, así como a la información suministrada por la entidad financiera, procede abordar la última cuestión, a saber, si la parte actora tuvo conocimiento del objeto del contrato suscrito, de su funcionamiento y de los riesgos de formalización del contrato.

El déficit informativo en los términos ya expuestos puede hacer presumir el error en quien contrato (sentencia del pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014). No es que el incumplimiento de los deberes de información determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo (sentencia 560/2015, de 28 de octubre).

Consecuencia de lo anterior es que la presunción de error vicio admite justificación en contrario.

Esta justificación la encuentra la sentencia recurrida en el comportamiento de la actora ante la primera liquidación negativa referida al primero de los contratos, que tuvo lugar el 3 de octubre de 2006.

No da por probado el tribunal que se quejase el cliente e intentase cancelar el producto, y sí que quince días después contrató otro swap, en concreto el 18 de octubre de 2006.

Considera, además, como indicio relevante de que conocía a la perfección el funcionamiento y características de los productos litigiosos, el hecho de que la única reclamación bancaria documentada frente a la entidad se produjese el 26 de julio de 2011 y, sin embargo, en esa fecha se habían producido liquidaciones negativas respecto del primer contrato en los meses de octubre de 2007 (-7638,82 euros), octubre de 2008 (-9174,11 euros), octubre de 2009 (-4771,25 euros) y octubre de 2010 (-4850,02 euros). Respecto al segundo contrato se habían producido liquidaciones negativas en los meses de octubre de 2007,2008, 2009 y 2010. Y respecto del tercer contrato en los meses de mayo de 2008, 2009 y 2010.

A pesar de tales liquidaciones negativas la actora no formuló ninguna queja hasta la indicada fecha de 26 de julio de 2011.

4.- Hemos afirmado (sentencias 11/2017, de 13 de enero , y 19/2016, de 3 de febrero , y las que en ellas se citan) que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, salvo que se pruebe que se ha informado correctamente en ellos de su naturaleza y los riesgos asociados, pueden ser considerados excluyentes del error ni actos convalidantes del negocio viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del



contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

5.- Sin embargo la sentencia recurrida no infringe la anterior doctrina, pues no afirma que al perfeccionarse el contrato la actora sufriese un error sustancial y excusable que viciase su consentimiento respecto a la naturaleza del mismo y riesgos asociados y que, posteriormente, consciente ya del error padecido, lo convalidase o confirmase mediante actos propios.

Lo que la sentencia mantiene, acudiendo a presunciones, es que la parte actora «conocía a la perfección el funcionamiento y características de los productos bancarios litigiosos», esto es, que, como afirma la Sra. Alicia , entendió el producto ofrecido y, por ende, no sufrió error sustancial y excusable al contratar los productos litigiosos.

Por tanto no cabe sostener que el contrato fue convalidado o confirmado, sino sencillamente que el tribunal da por probado que fue válido desde el principio por inexistencia de error.

Siendo ello así la sala ha de respetar tal afirmación como hecho probado (sentencia de 6 de abril de 2017) y, en consecuencia, desestimar el recurso de casación.

SÉPTIMO.- Conforme lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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 contra la sentencia dictada por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, en el rollo de apelación núm. 290/13 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 196/2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal testimonio de la certificación correspondiente con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.