



Roj: **STS 3537/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3537**

Id Cendoj: **28079110012017100522**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **1025/2015**

Nº de Resolución: **555/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 50/2015,**  
**STS 3537/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 11 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Pivo Riodel S.L., representada por el procurador D. José Antonio Sandín Fernández bajo la dirección letrada de D. Jesús Morant Vidal, contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2015, por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 410/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1879/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alicante, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida Catalunya Banc S.A., representada por el procurador D. Armando Pedro García de la Calle y bajo la dirección letrada de D. Carlos García de la Calle.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- La mercantil Pivo Riodel S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixa D'Estalvis Catalunya en la que solicitaba se dicte en su día sentencia por la que se declare:

«A) La nulidad del Contrato por error en el consentimiento del Contrato Marco de Operaciones Financieras de 9 de mayo de 2007 y la orden en firme del producto derivado denominado *Swap* con barrera y confirmación del *Swap* con barrera y compensación de fecha 16 de mayo de 2007, por error fundado en sustancia en la infracción del deber de lealtad y de fidelidad al cliente y de no proporcionarle adecuada y suficiente información con respecto al contrato suscrito, por falta de claridad en su clausulado, al utilizar términos inadecuados, produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara, y por encontrarse ya cancelado el Contrato Marco de Operaciones Financieras.

»B) Debiendo en su consecuencia, en virtud de dicha nulidad declararse así mismo la nulidad de todas aquellas liquidaciones económicas practicadas desde el 30 de abril de 2008 hasta que se dicte sentencia, devolviéndose recíprocamente las partes las cantidades percibidas, derivadas de la ejecución de dichos contratos y sus liquidaciones con sus correspondientes intereses legales, desde que se verificaron los pagos, todo ello con imposición de costas».

2.- La demanda fue presentada el 5 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alicante y fue registrada con el n.º 1879/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



**3.-** Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la actora.

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alicante dictó sentencia n.º 190/14 de fecha 22 de julio, con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda formulada por la procuradora Sra. Giménez Artes, en nombre y representación de la mercantil Pivo Riodel S.L., frente a Caixa D'Estalvis de Catalunya (actualmente Catalunya Banc S.A.) y, en su consecuencia, declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de 9 de mayo de 2007 y del contrato de *swap* con barrera y compensación de 16 mayo de 2007 que ligan a ambas partes, condenando a la parte demandada a restituir a la actora la suma total de las liquidaciones negativas cargadas en la cuenta de la actora, incluidas las cantidades que se hayan podido cargar durante la sustanciación del presente procedimiento, así como los intereses legales correspondientes desde las fechas de los respectivos cargos; con simultánea obligación de Pivo Riodel S.L. de restituir a la demandada la suma de las liquidaciones positivas abonadas en su cuenta, más intereses legales desde la fecha de cada abono, pudiendo las partes compensar sus respectivos créditos.

»Se imponen las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Catalunya Banc S.A.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 410/14 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de enero de 2015, cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Catalunya Banc S.A. (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya) contra la sentencia dictada con fecha 22 de julio de 2014 en el procedimiento de juicio ordinario n.º 1.879/2013 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alicante, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, se desestima la demanda interpuesta por Pivo Riodel S.A. contra dicha apelante, a la que se absuelve de las pretensiones en su contra formuladas, condenando a la actora al pago de las costas procesales de la primera instancia y sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

**1.-** Pivo Riodel S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue el siguiente:

«Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida de forma arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Se articula este motivo al amparo del 477.1 LEC por infracción legal de los artículos 78 y 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (LMV), y de los artículos 60 a 64 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, relativo a las empresas que prestan servicios de inversión; así como de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa al alcance de la obligación de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo como es el *Swap* o permuta financiera.

»Segundo.- Se articula este motivo al amparo del 477.1 LEC por infracción legal de los artículos 1261, 1625, 1266, 1300 y ss. del Código Civil así como de la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa al error vicio del consentimiento que conlleva la nulidad del contrato».

**2.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Pivo Riodel S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de enero de 2015, por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación 410/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 1879/2013 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alicante».



3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 4 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la acción de nulidad por error en el consentimiento de un contrato de swap celebrado con anterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Los antecedentes más relevantes del recurso son los siguientes:

1.- El 9 de mayo de 2007, Pivo Riodel, S.L. (en adelante Pivo), sociedad dedicada a la promoción y a la construcción, suscribe con Caixa D'Estalvis de Catalunya (en adelante Caixa) un «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (CMOF).

Caixa proporciona a Pivo un folleto informativo (doc. 4 de la demanda), de fecha 15 de mayo de 2007, denominado «cobertura ante alza de tipos», en el que aparece el nombre de Pivo, la referencia al número de la propuesta (000004985), y un cuadro de coberturas de riesgos en el que se recoge el nominal inicial de 1.200.000 euros, las fechas de inicio y de vencimiento (30 de abril de 2008 y 30 de abril de 2018), el índice de referencia, la revisión anual de los tipos y la liquidación mensual.

El 16 de mayo de 2007 las partes suscriben un documento de «confirmación swap con barrera y compensación» con un nominal de 1.172.000 euros, fecha de inicio el 30 de abril de 2008 y fecha de vencimiento de la cobertura el 30 de abril de 2008 (doc. 7 de la demanda). Las partes habían suscrito igualmente una «orden en firme de contratación de swap con barrera» (en el ejemplar aportado no consta la fecha de firma), con las mismas fechas de inicio y vencimiento de la cobertura, pero con un nominal de 1.200.000 euros (doc. 6 de la demanda).

2.- El 16 de mayo de 2007 las mismas partes conciertan un préstamo hipotecario por un importe de 690.000 euros con la finalidad de financiar la construcción de una nave. Afianzan el préstamo D. Victorio , administrador único de Pivo y Tescoma España S.L. (sociedad dedicada a la comercialización de productos de menaje y del hogar), de la que también es administrador D. Victorio . Con la misma finalidad, las mismas partes suscriben el 9 de noviembre de 2007 otra escritura pública de préstamo hipotecario y pacto de afianzamiento por un importe de 850.000 euros.

3.- En ejecución de la operación de swap, desde el 30 de mayo de 2008 al 30 de abril de 2009, la cliente recibió liquidaciones a su favor por un importe de 4.277,80 euros. A partir de entonces y hasta el 30 de septiembre de 2013, todas las liquidaciones fueron negativas para la cliente (118.601,31 euros en total).

4.- El 5 de noviembre de 2013, Pivo interpone demanda contra Caixa en la que ejercita acción de nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y de permuta financiera (swap con barrera y compensación) suscritos en mayo de 2007 con la entidad bancaria demandada. Solicita, además, la recíproca restitución entre las partes de las sumas liquidadas, esto es, la condena simultánea de la parte demandada a restituir las cantidades cargadas en la cuenta de la demandante como consecuencia de liquidaciones negativas, así como aquéllas otras que se carguen durante la sustanciación del procedimiento, más intereses legales desde la fecha de cada cargo, con obligación asimismo de la actora de restituir las sumas recibidas como consecuencia de las liquidaciones positivas practicadas en aplicación de los referidos contratos.

La demanda se basa en los arts. 1300 y 1303 CC en relación con los arts. 1261 , 1265 y 1266 CC , Ley 24/1988, reguladora del Mercado de Valores y Real Decreto 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas que prestan servicios de inversión, Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 y Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

5.- Catalunya Banc, S.A., como sucesora universal de Caixa, se opone a la demanda alegando, en síntesis: que Pivo no es un consumidor sino una sociedad que forma parte de un grupo de empresas dirigido por el mismo administrador, con unos activos de 2.085.350 euros; que el swap fue objeto de una negociación que se realizó simultáneamente a la preparación de la financiación hipotecaria; que se suscribió para cubrir el riesgo de subida de tipos de interés; que se le informó de su carácter aleatorio; que el error sería inexcusable; que el contrato quedó confirmado y que, en cualquier caso, la acción habría caducado por haber transcurrido cuatro años desde que se celebró el contrato.



La sentencia de primera instancia desestima la excepción de caducidad de la acción invocada por la demandada y estima la demanda porque considera probado el error vicio del consentimiento con apoyo en la prueba documental, testifical e interrogatorio de las partes.

6.- La demandada recurre en apelación y la Audiencia Provincial estima el recurso.

Por lo que se refiere a la excepción de caducidad, reproducida en la apelación, la Audiencia Provincial comparte la conclusión de la sentencia de primera instancia pero, por lo que se refiere al fondo del asunto la sentencia afirma que no se llega a la convicción del error invalidante que, en su caso, no sería inexcusable sino imputable al representante de la actora, pues la información facilitada antes de la contratación expresaba claramente las situaciones que se podrían producir en relación con la evolución de los tipos de interés.

7.- Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, Pivo interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Solicita la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la sentencia del Juzgado.

BBVA, como sucesora universal de Catalunya Banc, formula oposición a los recursos y solicita la confirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

#### **SEGUNDO.-** *Motivo del recurso.*

El recurso consta de un único motivo en el que se denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, que la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica y absurda con la consecuencia de que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

En su desarrollo sostiene, en esencia, que no existe prueba de que la entidad haya informado y asesorado al cliente en materia de riesgos y, por el contrario, la prueba permite concluir que no lo hizo. Argumenta que, según la doctrina de esta sala corresponde a la entidad bancaria probar suficientemente la información exigida por la normativa y que la única información precontractual que se proporcionó al recurrente es la contenida en un documento «de cobertura ante alza de tipos» (doc. 4 de la demanda) cuya lectura lleva a entender, según valoró la sentencia del Juzgado, que se contrataba un seguro. Añade que a la misma conclusión se llega a la vista de la prueba practicada en el juicio (interrogatorio del representante de la actora y del empleado de la recurrida). Finalmente, discrepa del razonamiento de la sentencia recurrida porque tuvo en cuenta para valorar que sí hubo información el que hubiera liquidaciones positivas, que la empresa recurrente tenga activos de más de dos millones de euros y que su representante declarara haber recibido la información contenida en el citado documento 4 cuando lo cierto es que en la información de ese documento sobre las fluctuaciones de los tipos de interés y la forma en la que se iban a realizar las liquidaciones es inteligible y no se le informó de lo que exige la normativa, los riesgos del producto que contrataba.

En su escrito de oposición, la recurrida solicita la desestimación del motivo: porque pretende realizar una nueva valoración de la prueba, porque mezcla referencias sobre la prueba del interrogatorio de parte, de las testificales y de la prueba documental, dando una versión subjetiva y parcial del resultado probatorio conjunto, intentando establecer su propio criterio y sus propias conclusiones a través de elementos aislados que precisamente no son los que recoge la Audiencia Provincial en la resolución recurrida.

#### **TERCERO.-** *Desestimación.*

El motivo se desestima.

1.- Es doctrina de la sala, aplicable al presente caso, la de que la valoración de la prueba solo es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal cuando las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones y cuyo contenido no haya sido tomado en consideración. De manera sintética, de acuerdo con esta doctrina:

1.º) El hecho de que la revisión de la valoración probatoria no esté expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el art. 469 LEC pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias ( sentencias 263/2016, de 20 de abril , 615/2016, de 10 octubre ).

2.º) El carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia, no permite tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (como explica la sentencia 615/2016 de 10 octubre , resumiendo la doctrina contenida en numerosas sentencias de la sala, entre otras, sentencias 333/2013, de 23 de mayo , 458/2007, de 9 de mayo , 567/2007, de 27 de mayo ).



3.º) La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del art. 469.1. 4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE ( sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre , 458/2009, de 30 de junio , 736/2009, 6 de noviembre , 333/2013, de 23 de mayo , todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 octubre ).

2.- La aplicación de esta doctrina al caso hace que el motivo no pueda prosperar. En su escrito, el recurrente se limita a contrastar la valoración de la sentencia recurrida con la de la sentencia de primera instancia, que le fue favorable, tratando de desvirtuar la valoración probatoria de la sentencia recurrida, pero sin denunciar ningún error fáctico -material o de hecho-.

Junto a ello, en el mismo motivo, alega también que recae sobre la recurrida la carga de la prueba de demostrar que sí informó, lo que es incompatible con la denuncia de error en la valoración de la prueba porque las reglas sobre la carga de la prueba entran en juego si el Tribunal considera que determinados hechos relevantes no han quedado adecuadamente probados y, en el caso, la sentencia recurrida considera probado que la parte actora ahora recurrente recibió la información.

El escrito, además, acumula la denuncia de supuestos errores patentes relativos a diferentes pruebas porque, en definitiva, lo que busca es una revisión conjunta de la valoración de la prueba practicada.

Por todo ello, el motivo se desestima, con independencia de las consecuencias jurídicas que esta sala pudiera extraer de los hechos probados, cuestión propia del recurso de casación.

### **Recurso de casación**

#### **CUARTO.-** *Motivos del recurso.*

1.- El recurso se funda en dos motivos que en realidad integran uno solo, por lo que se estudiarán conjuntamente: en el primero se denuncia infracción de los arts. 78 , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988 , del mercado de valores, arts. 60 a 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero relativo a las empresas que prestan servicios de inversión y en el segundo infracción de los arts. 1261 , 1266 y 1300 ss. CC . El primer motivo, por tanto, no denuncia como infringida ninguna norma sustantiva de carácter civil pero se dirige a identificar los deberes de información que incumbían a la demandada ahora recurrida y cuyo incumplimiento daría lugar al error vicio de consentimiento al amparo de los preceptos citados como infringidos en el segundo motivo del recurso.

La recurrente justifica el interés casacional con la cita de la jurisprudencia de la sala relativa al alcance del incumplimiento de los deberes de información de una entidad de crédito al comercializar un producto complejo como el swap o permuta financiera así como con la cita de la jurisprudencia relativa al error vicio del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato.

En el desarrollo del primer motivo sostiene, en primer lugar, que los contratos litigiosos se ofrecieron a la demandante ahora recurrente como un seguro contra subida de tipos de interés, que la entidad demandada ahora recurrida estaba obligada a cumplir con un estándar de información requerido por la normativa aplicable y que no cumplió, como muestra, argumenta, el que en el documento de «confirmación swap con barrera y compensación», redactado unilateralmente por la demandada, se incluyera una declaración de que «cada una de las partes manifiesta que no se basa en comunicación alguna (verbal o escrita) de la otra parte como asesoramiento financiero ni ha sido asesorada por la otra parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar esta operación» (doc. 7 de la demanda).

Alega que el régimen derivado de la Directiva 2004/39/CE (Directiva MiFID) es aplicable al caso porque aunque no se incorporó al Derecho interno hasta la Ley 41/2007, de 19 de diciembre, los contratos, suscritos en mayo de 2007, comenzaron a regir a partir de abril de 2008 y porque hay un efecto directo de las Directivas antes de su transposición.

Argumenta que recibir liquidaciones positivas no convalida el contrato y que, a pesar de la declaración del representante de la actora de haber entendido el esquema básico incluido en el dossier informativo, el mismo es confuso y conduce al equívoco.

Añade que el volumen de activos de la actora no permite considerar que se cumplió el deber de información, que la actora fue calificada por la propia entidad como minorista y no le realizaron los tests de idoneidad ni de conveniencia.





En el desarrollo del segundo motivo sostiene que la falta de cumplimiento del deber de informar de forma clara y comprensible sobre los riesgos del producto contratado produjo un error vicio en la contratación que da lugar a su nulidad. Argumenta que el servicio prestado era de asesoramiento y, en consecuencia, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía en qué consistía un swap y los concretos riesgos asociados a este producto sino que, además, debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido era lo que más le convenía.

2.- La demandada recurrida se opone al recurso porque no respeta los hechos probados en la instancia, que deben ser respetados en casación, y porque cita jurisprudencia que no se refiere a contratos premifid, por lo que sostiene que el recurso no debió ser admitido y en este momento debe ser desestimado.

Alega que no es de aplicación la normativa MiFID porque el contrato litigioso se celebró antes de la publicación de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre; que la información facilitada antes de la contratación expresaba claramente las situaciones que se podrían producir en relación con la evolución de los tipos de interés y esa información fue incorporada al contrato; que el representante de la actora declaró que había comprendido el producto y lo que podía suceder si subían y bajaban los tipos de interés, por lo que no hubo error y el actor recurrente, que conocía los riesgos del producto, los aceptó; que el administrador dirigía un grupo de cuatro sociedades y debió actuar con diligencia, sin que pueda escudarse ahora en que no leyó los contratos.

Finalmente, para el caso de que no se acepten los argumentos anteriores y esta sala asumiera la instancia, reitera la tesis de la caducidad de la acción que ya sostuvo en las instancias. Observa que la sentencia de la Audiencia le fue favorable al estimar el recurso de apelación, de ahí que, al no causarle gravamen dicha resolución, no estuviera legitimada para recurrirla, ni impugnarla en casación, al no estar previsto el trámite de impugnación en el recurso de casación.

Solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

#### **QUINTO.- Desestimación de los motivos.**

La acción de nulidad por error vicio en el consentimiento se refería a un «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (CMOF) y al contrato de «swap con barrera y compensación» firmados respectivamente el 9 y el 16 de mayo de 2007. Los contratos, por tanto, se celebraron antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, cuyo art. 79 bis LMV traspuso la Directiva MiFID y del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que introdujo la exigencia de que las empresas de inversión realizaran a los clientes un test o examen de idoneidad o conveniencia con carácter previo a la prestación del servicio.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV), como en 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 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 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 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, la entidad financiera demandada (Caixa, Catalunya Banc y ahora BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

La Audiencia Provincial conoce la obligación de informar sobre los riesgos que incumbe a las entidades comercializadoras de productos como el que da lugar al presente litigio (swap) así como la relevancia que la doctrina de esta sala otorga al incumplimiento de tales deberes de información respecto de la apreciación del error como vicio del consentimiento por quien, como sucede en este caso, no es inversor profesional. Lo que sucede es que la Audiencia considera probado que en este caso no se ha producido el incumplimiento del deber legal de información, que la información facilitada antes de la contratación expresaba las situaciones que se podrían producir en relación con la evolución de los tipos de interés y que el representante de la actora reconoció haber recibido la información y haber entendido y comprendido su contenido en relación con las fluctuaciones de los tipos de interés.

Aunque la valoración de la suficiencia de la información suministrada en relación con los reseñados deberes legales impuestos por la normativa pre-MiFID y MiFID es jurídica, se apoya en unos hechos declarados probados que no pueden ser alterados, porque la revisión en casación no puede partir de unos hechos distintos



de los declarados probados en la sentencia recurrida. De este modo, las alegaciones que hace la recurrente para desvirtuar la valoración jurídica realizada por la Audiencia solo podrían prosperar si se alterara la base fáctica fijada por la sentencia, lo que está vedado a la casación, que no es una tercera instancia (esta doctrina, aplicable al caso, está contenida en las sentencias 24/2017, de 18 de enero, 32/2017, de 19 de enero, 99/2017 y 100/2017, de 15 de febrero y 277/2017, de 9 de mayo).

Contra lo que dice la recurrente, la sentencia no basa su valoración jurídica ni en la existencia de una cláusula contractual en el sentido de que no mediaba asesoramiento, ni en que el cliente fuera una sociedad mercantil que formaba parte de un grupo con unos activos superiores a los dos millones de euros, ni en que el administrador que concertó la operación dirigiera cuatro sociedades. Si así fuera, habría que estimar el recurso de casación porque es doctrina de la sala la de que este tipo de circunstancias no privan de la protección como minorista ni otorgan la condición de experto para conocer de la naturaleza características y riesgos de un swap (junto a otras muchas anteriores, sentencias 149/2017, de 2 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, 276/2017, de 9 de mayo, 282/2017, de 10 de mayo, 360/2017, de 7 de junio). La sentencia tampoco basa su decisión en que el deber de información se entienda suplido por el propio contenido del contrato de swap, lo que hubiera sido insuficiente para entender cumplidos los deberes de información (entre otras, sentencias 594/2016 y 595/2016, de 5 de octubre, 689/2015, de 16 de diciembre). La sentencia recurrida tampoco basa su decisión en que durante la vigencia del contrato se produjeran liquidaciones positivas sin protesta de la parte actora hasta que se produjeron saldos negativos ni afirma que hubiera confirmación contractual por el hecho de no manifestar queja cuando las liquidaciones eran positivas, lo que sería contrario a la doctrina de la sala (por todas, con cita de otras anteriores, la sentencia 349/2017, de 1 de junio).

En el caso, la Audiencia, partiendo de la prueba practicada y de las propias manifestaciones en la prueba de interrogatorio de parte, considera que no hubo incumplimiento del deber de informar y que el administrador que contrató en representación de la sociedad estaba enterado de los riesgos del contrato, por lo que no hubo error en el consentimiento.

Las afirmaciones de la Audiencia en el sentido de que el administrador dijo no haber leído el dossier informativo que se le proporcionó en la fase precontractual y que permitirían concluir sobre la inexcusabilidad del error podrían ser insuficientes si no fuera porque la sentencia también deja constancia de que la parte actora reconoce haber recibido la información contenida en el dossier informativo y que esa información se trasladó después al contrato, que el representante de la actora declaró haber entendido lo que la información indicaba sobre el producto y sobre lo que podría suceder en función de la subida o bajada de los tipos, que declaró haber entendido y comprendido su contenido en relación con las fluctuaciones de los tipos de interés. En definitiva, la Audiencia considera como un hecho probado que no se ha producido incumplimiento del deber legal de información y que la información facilitada antes de la contratación expresaba las situaciones que se podrían producir en relación con la evolución de los tipos de interés.

En consecuencia, no encontramos razones para advertir en el enjuiciamiento de la Audiencia una vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de productos financieros ni de las que regulan en error vicio, razón por la cual se desestiman los dos motivos de casación.

**SEXTO.-** Conforme a los arts. 394.1 y 398.1 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación.

Conforme a los apartados 8 y 9 de la disp. adicional 15.<sup>a</sup> LOPJ, la parte recurrente perderá los depósitos constituidos para recurrir.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación interpuestos por Pivo Riodel, S.L. contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2015, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación 410/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario 1879/2013 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Alicante. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y las del recurso de casación. **4.º-** Que la parte recurrente pierda los depósitos constituidos. 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.