



Roj: **STS 137/2018 - ECLI:ES:TS:2018:137**

Id Cendoj: **28079110012018100036**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **1591/2015**

Nº de Resolución: **37/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Sevilla, Sección 5ª, 11-03-2015 (rec. 2105/2010) ,
STS 137/2018**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 37/2018

Fecha de sentencia: 24/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1591/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 15ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 1591/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 37/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, el 11 de marzo de 2015, dictada en el rollo de apelación 2105/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario 5102/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Sevilla.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la mercantil Vozalon, S.L. representada por el procurador D. José Tristán Jiménez, asistido del letrado D. Juan Luis O'Farrell Conejo.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la mercantil Banco Santander, S.A, representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo, asistido del letrado D. Ramón Entrena Cuesta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Tristán Jiménez, en nombre y representación de Vozalón S.L., así como de Bufete O'Farrell S.L.U, presentó demanda de juicio ordinario en declaración de nulidad de contratos financieros de permutas de tipo de interés y restitución recíproca de cantidades percibidas, contra la entidad Banco Santander S.A, suplicando al Juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«Tenga por interpuesta en nombre de quienes lo hago demanda contra la entidad BANCO DE SANTANDER S.A., ordene el emplazamiento de la misma para su contestación si así conviniere a su derecho, y, tras los demás trámites de Ley, dicte en su día Sentencia por la que declare la nulidad de los CONTRATOS MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF) Y LAS CONFIRMACIONES DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (SWAPS) firmados entre las partes demandantes y la demandada, obligando a las partes a restituirse, recíprocamente, los cobros y pagos efectuados a raíz de estas operaciones, con intereses legales desde la fecha de cada respectivo cobro y pago, y con expresa condena en costas a la entidad demandada. Por ser todo ello de justicia que, respetuosamente, pido y espero en Sevilla a veinte y siete de Octubre de dos mil diez.»

2.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 26 de noviembre de 2010, se dio traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora D.^a Mauricia Ferreira Iglesias, en nombre y representación de Banco Santander S.A. contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«Tenga por contestada la demanda, admita dicha contestación y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 26 de marzo de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta por Vozalon S.L contra Banco de Santander debo declarar la nulidad de los CONTRATOS MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS (CMOF) Y LAS CONFIRMACIONES DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (SWAPS) firmados entre la parte demandante y la demandada, obligando a las partes a restituirse, recíprocamente, los cobros y pagos efectuados a raíz de estas operaciones, con intereses legales desde la fecha de cada respectivo cobro y pago, y con expresa condena en costas a la entidad demandada.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de Banco Santander S.A. correspondiendo su resolución a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 11 de marzo de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Doña Mauricia Ferreira Iglesias, en nombre y representación de la entidad Banco de Santander S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Sevilla, con fecha 26 de Marzo de 2014, en los autos de Juicio Ordinario 2105/10, la debemos revocar y revocamos, en el sentido de que debemos de absolver y absolvemos a la entidad Banco de Santander S.A., de los pedimentos formulados en su contra, con imposición a la actora de las costas primera instancia y sin pronunciamiento en cuanto a las costas de esta *alzada*.»

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de Vozalon, S.L. con base en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción, de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil .

Segundo.- Infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil

2.- La Sala dictó auto el dieciocho de octubre de dos mil diecisiete. con la siguiente parte dispositiva:

«1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Vozalon, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 11 de marzo de 2015, por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación 5102/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario 2105/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Sevilla.

»2. Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- La representación procesal de Banco Santander S.A, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 10 de enero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.**

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

1.- Por el Procurador Don José Tristán Jiménez, en nombre y representación de la entidad Vozalon, S.L. se presentó demanda contra la entidad Banco de Santander, S.A. interesando que se declarase la nulidad de los contratos marco de operaciones financieras y las confirmaciones de permuta financiera de tipos de interés (Swaps) formalizados entre las partes, los días 30 de octubre de 2.006, 6 de noviembre de 2.006 y 20 de febrero de 2.008, al haber prestado su consentimiento por error, dada la falta de información por parte de la demandada, al no comunicarle que se trataba de un producto complejo, de alto riesgo, teniendo en cuenta que la contratación de dichos productos tuvo una finalidad inversora. Asimismo, interesaba la restitución de los pagos y cobros recíprocamente realizados. La entidad demandada se opuso, entendía que fue informada adecuadamente y que estaban vinculados los citados contratos a las hipotecas formalizadas para la compra de tres inmuebles por parte de la actora.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda con los siguientes argumentos:

(i) Los swaps contratados son un producto complejo, financiero o de inversión, que más allá de las normas de buena práctica bancaria y las obligaciones que establece la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (art. 2.1.1) exige verificar si se ha cumplido con el deber de información al cliente, según impone a la entidad bancaria dicha norma.

(ii) Tras valorarse la prueba practicada, independientemente de la normativa aplicable, queda claro que la parte no entendía el producto ni se acredita la idoneidad o conveniencia del mismo para la sociedad actora.

A preguntas del Juzgador el representante de la mercantil demandada, pues el Sr. Benjamín que contrató el producto no compareció en las actuaciones, no llegó a explicitar, para una persona media, una comprensión suficiente de aquello a que se estaba prestando el consentimiento.

La administradora de la parte actora no pudo ser interrogada, por renunciar la entidad bancaria a la práctica de la prueba, que había sido propuesta por ella, y que hubiera sido conveniente para saber hasta dónde llegaba la comprensión del producto financiero.

3.- La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió conocer de él a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 11 de marzo de 2015 por la que, con estimación del recurso, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a la entidad Banco de Santander S.A. de los pedimentos formulados en su contra.

4.- La sentencia de la Audiencia tras una exposición doctrinal sobre el error, como vicio del consentimiento, y sobre la premisa de no ser objeto de controversia la naturaleza de los contratos formalizados entre las partes, niega la existencia del error con las siguientes consideraciones:



(i) En el caso concreto analizado en la presente litis, nos encontramos que las partes formalizaron el día 30 de octubre de 2.006, un Contrato Marco de Operaciones Financieras, en cuya exposición, folio 126 de los autos, manifiestan que es voluntad de las partes mantener una relación negocial que se materializaría en la realización de determinadas operaciones financieras, que se desea constituyan una relación negocial única que contemple como un conjunto de distintas operaciones financieras. Entre éstas, se destacaban las permutas financieras de tipos de interés. En ese marco negocial, la entidad demandante suscribió dos contratos swap, cuya validez es objeto de este proceso, y su finalidad esencial era cubrir el riesgo de incremento de intereses, en los préstamos hipotecarios que había formalizado para la compra de dos oficinas y un local comercial en el edificio Centris de la localidad de Tomares, que tuvo lugar el día 21 de septiembre de 2.006, por importe total de alrededor de 650.000 euros, mientras que el préstamo fue en torno a 580.000 euros. En el swap de 2.006, el valor nominal fue de 500.000 euros, mientras en el de 2.008, el valor fue de 600.000 euros. Dado que ambos préstamos, tras un periodo inicial de interés fijo, se remuneraban mediante intereses variables, resulta evidente que con esos contratos de permuta financiera, la entidad demandante se ponía a cubierto del riesgo de incremento de los intereses, es decir, del mayor costo de los préstamos. Por tanto, no estamos, como se afirma por la actora, ante productos de inversión, sino que claramente estaban conectados con esa financiación que había obtenido para la compra de los citados inmuebles, con la finalidad de sortear o amortiguar la posible variación, al alza, del tipo de interés pactado.

(ii) A los contratos formalizados el 6 de noviembre de 2006 y 20 de febrero de 2008 no son de aplicación las disposiciones contenidas en el art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, en la redacción introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

(iii) Consecuentemente, aunque ello no supusiese que la entidad bancaria no debiese de cumplir ninguna medida de información, ya contempladas en Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sí suponía que no era exigible que aquella clasificase a los clientes entre profesionales y minoristas ni que le vinculasen las obligaciones de diligencia, transparencia e información en los términos que aparecen recogidas en los arts. 72 y 73 del Real Decreto 217/ 2008 .

(iv) Descendiendo al supuesto enjuiciado, las partes pactaron en los anexos de los contratos que manifestaban conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de la operación, y que no habían sido asesoradas sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos.

Por tanto es evidente que la entidad actora asumía el riesgo de que las liquidaciones le resultasen perjudiciales, sobre todo si por tener por objeto social la promoción inmobiliaria, se podría representar el carácter aleatorio del contrato.

(v) Que quien contrata es la administradora de la empresa, a la que le es exigible una actuación diligente, propia y singular de un ordenado empresario, con capacidad para desempeñar dicho cargo.

(vi) Cuando recibe una liquidación negativa en el mes de noviembre de 2007, la actora decide extinguir el contrato y formalizar uno nuevo. Ese no es el comportamiento que se espera de un ordenado y diligente empresario.

5.- La representación procesal de la parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, con la formulación de los siguientes motivos:

Primero.- Infracción, de los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil en relación con las obligaciones de información que la entidad financiera demandada estaba obligada a dar a la otra parte contratante según lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en su redacción vigente el día 30 de Octubre de 2006, fecha de celebración del primer contrato de permuta de tipos de interés celebrado entre las partes, y de los artículos 1, 4, y 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993 y el efecto invalidante que la ausencia de la misma produce en el consentimiento prestado pues produce error vicio.

La sentencia impugnada viene a sostener que las partes manifestaron en el contrato que conocían y aceptaban los riesgos inherentes o que podían derivarse de la realización de la operación, no habiendo sido asesoradas sobre su conveniencia, actuando cada parte sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos, velando cada una por sus propios intereses y teniendo en cuenta sus propias previsiones y expectativas, sin que la entidad financiera tenga que velar por los intereses de la parte contraria, siendo suficientes las advertencias sobre los riesgos de la operación que se contienen en el contrato. Además, dice la sentencia impugnada, que el error vicio del consentimiento, en el caso de haberse producido, sería inexcusable en la parte demandante dado el carácter de administradora de una entidad mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria siendo su obligación el tener una actuación diligente a la hora de contratar o, en todo caso, haber contado con el oportuno asesoramiento.



La argumentación jurídica utilizada por la sentencia impugnada para estimar el recurso de apelación del Banco de Santander, SA se opone frontalmente a la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, en las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo números 840/2013, de 20 de Enero de 2014 , 460/2014, de 10 de Septiembre y 769/2014 de 12 de Enero de 2015 .

Segundo.- Infracción de los artículos 1261 , 1265 y 1266 del Código Civil en relación con las obligaciones de información que la entidad financiera demandada estaba obligada a dar a la otra parte contratante según lo dispuesto en los artículos 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988 , en la redacción dada por la Ley 47/2007, y los artículos 64 , 72 , 73 y 74 del Real Decreto 217/2008 , que también se citan como infringidos, así como los efectos jurídicos de la ausencia de los test de conveniencia e idoneidad en la presunción de la existencia de error por vicio del consentimiento.

La sentencia impugnada presenta interés casacional por oponerse, de forma expresa, a la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil nº 840/2013, de 20 de Enero de 2014 que declara como inaplicable al caso dada la no vigencia de la Ley 47/2007 de transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2004/39/CE o directiva MIFID.

En el motivo anterior ya hemos expuesto que la Ley 47/2007 estaba plenamente vigente al tiempo de celebrarse el segundo contrato de permuta, 20 de Febrero de 2008, con lo que la declaración de no vigencia de la misma que realiza la sentencia impugnada, se opone, por no aplicarla, a la doctrina jurisprudencial representada por la sentencia del pleno anteriormente invocada y a las dictadas en el mismo sentido con posterioridad, como son las SSTS nº 384/2014, de 7 de Julio , nº 387/2014, de 8 de Julio y nº 110/2015 de 26 de Febrero .

Ya hemos anunciado en el primer motivo del recurso, que la sentencia impugnada declara que el deber de información que la entidad bancaria estaba obligada a prestar a su cliente, dada la complejidad del producto ofrecido y su alto riesgo, estaba cumplido con las advertencias contenidas en el propio contrato, que el cliente declara en el mismo que conoce los riesgos y las características del producto, declaración de conocimiento que se realiza mediante unas cláusulas predispuestas por la propia entidad financiera y que, dado que la contratante es administradora de una mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria, tenía que haber sido diligente a la hora de contratar, debía conocer la tendencia futura del Euribor, informarse de lo que estaba firmando y, en todo caso, haberse asesorado con personal experto, es decir, la sentencia impugnada declara que ser administrador de; una empresa inmobiliaria, sea del tamaño que sea y cualquiera que sea la formación de su administrador, está en condiciones de comprender las características de un producto complejo y de alto riesgo como son los swaps, y, por lo tanto, deben recibir, en todo caso, el mismo tratamiento que para los clientes profesionales reserva la normativa MIFID, aunque la sentencia impugnada no la declare vigente.

Por el contrario, las sentencias ofrecidas como contraste establecen, como doctrina jurisprudencial, que los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa (MIFID) relativos al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento, cuando estamos ante un servicio que constituye asesoramiento en materia financiera (artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L, C-604/2011), llevaron a esta Sala a declarar que el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008), para lo que -con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, el test de idoneidad , en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan (STS nº 110/2015).

Como se ha declarado en la reciente STS de 10 de septiembre de 2014, rec. nº 2162/2011 (en general para la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales), *"el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 "*, en la que esta Sala ya dejó dicho que la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al



producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo (STS nº 110/2015). En consecuencia, como se declaró en la STS de 7 de julio de 2014 ,

rec. nº 1520/2012, lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito

C.7 debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista ,de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era él que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad. (STS nº 110/2015).

Y además, no puede aceptarse la tesis que contiene la sentencia impugnada sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el error, tesis que cede ante la presunción, derivada del incumplimiento del deber de información, por la omisión de poner de manifiesto al cliente el riesgo real de la operación, ni tampoco sus afirmaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. (STS nº 110/2015).

Se aprecia, por tanto, una flagrante oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de la sentencia impugnada.

6.- La Sala dictó auto el 18 de octubre de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso, alegando previamente la inadmisibilidad del recurso por no ajustarse, en cuanto a su fundamentación, a la base fáctica de la sentencia impugnada, si bien, a juicio de la sala, se ignora qué base fáctica concreta se altera en el recurso, pues lo cierto es que quien contiene auténtica base fáctica es la sentencia de primera instancia y, sin embargo, la Audiencia no se detiene en ella sino en hacer calificaciones jurídicas abstractas y no relacionadas con aquella.

En el recurso no se altera la base fáctica de la sentencia recurrida, únicamente se discute la valoración jurídica de los hechos.

La sentencia 11/2017, de 13 de enero , afirma 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».

Por tanto, procede desestimar la alegación sobre la inadmisibilidad del recurso.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala sobre el recurso de casación.*

En atención a que las cuestiones que se plantean en los tres motivos del recurso se encuentran estrechamente entrelazadas, pues giran alrededor de los deberes de información de la entidad demandada, teniendo en cuenta la calificación que merezca el producto, el perfil del cliente, normativa aplicable y condiciones en que se prestó la información, vamos a enjuiciar conjuntamente todos los motivos, por autorizarlo la doctrina de la sala.

Como se pretende la revisión de la valoración jurídica de la sentencia recurrida, vamos a atenernos, metodológicamente, a los argumentos de ella para decidir el recurso.

TERCERO.- *Producto complejo.*

Ante todo se ha de tener en cuenta que este tipo de contratos son calificados de complejos y arriesgados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 485 S.L (C-604/2011), en los que puede producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional.

Como afirmábamos en la sentencia 595/2015, de 30 de octubre , posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre estas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas.

Por tanto el producto es complejo y de riesgo, y de tal calificación se ha de partir para ofrecer respuesta al resto de las cuestiones.

**CUARTO.- Normativa aplicable.**

La sentencia recurrida niega que le sea aplicable a los contratos litigiosos las disposiciones contenidas en el art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores, en la redacción introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

La recurrente no pone en cuestión que sea así respecto al contrato de 6 de noviembre de 2006, pero niega que lo sea en relación con el celebrado el 20 de febrero de 2008.

Asiste razón a la parte recurrente de conformidad con la doctrina de la sala.

La sentencia 641/2017, de 24 de noviembre, sobre swap de tipo de interés, afirma que las dos permutas financieras fueron concertadas en febrero de 2008 (1 de febrero y 26 de febrero), cuando ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MIFID.

La sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, decidió sobre un producto financiero estructurado datado el 19 de febrero de 2008 (el aquí enjuiciado es del día siguiente), y recogía lo que sigue sobre la normativa aplicable:

«Para entonces, "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), denominada MiFID, ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). Y también había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación. La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, prevé que «(l) as entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley». Y, en conexión con lo anterior, la disposición adicional cuarta del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, relativa a su entrada en vigor, dispone: «(e)l presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado', sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores». Es obvio que la reforma operada por la Ley 47/2007 exigía una adaptación de la normativa interna de las entidades que prestan servicios de inversión, así como de sus programas de actividades, para lo cual se concedía el plazo de seis meses, con los efectos administrativos correspondientes. Esto afectaba esencialmente al cumplimiento de los nuevos requisitos de organización interna de las entidades, y a las obligaciones establecidas en los arts. 79 bis (información), 79 ter (Registro de contratos), 79 sexies (gestión y ejecución de órdenes) y 59 bis (comunicación de operaciones a la Comisión Nacional del Mercado de Valores), sólo en la medida en que requirieran una modificación de los programas de actuación. De modo que el periodo transitorio no podía afectar a las garantías de información que se reconocen al inversor si no tiene la consideración de inversor profesional, como es el caso, pues más tarde la Sra. Olga fue calificada por la propia entidad demandada como minorista.

Por tanto cuando las partes concertaron el contrato datado el 20 de febrero de 2008, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MIFID.

La sentencia 24/2017, de 18 de enero, se refería a tales contratos sucesivos de swap, también denominados de permuta financiera de tipos de interés, en el que el primero se firmó antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MIFID, con el art. 79 bis LMV, y los otros dos cuando ya estaba en vigor esta normativa MIFID, y afirmaba, en lo que coincide la sentencia de primera instancia, que

«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 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 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 reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

»Por ello, la entidad financiera demandada (Banco Santander) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (OFM) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.»

Existía, pues, unas obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MIFID, como se recoge, entre otras, en la sentencia 350/2017, de 1 de junio .

QUINTO.- La sentencia recurrida llega a la conclusión de que la actora dispuso de suficiente información por las razones que hemos sistematizado en el resumen de antecedentes.

Pero tales valoraciones jurídicas, desde el respeto a 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 notional».

(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.

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.



(v) En la medida de que no se ha acreditado en la instancia que Vozalon S.L. tuvieron la condición de inversor profesional, debe ser considerado minorista, conforme al art. 79 LMV, por lo que, a efectos del contrato de 20 de febrero de 2008, «en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de como se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regía los deberes de información de la normativa pre MIFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

SEXTO.- Consecuencia de estos deberes de información y de que existe una asimetría informativa entre las entidades financieras y el cliente, deviene relevante el perfil de este.

Tampoco en este extremo la sentencia recurrida hace una valoración jurídica acorde con la jurisprudencia de la sala, al ofrecer relevancia a que contrate la administradora, que debe ser diligente.

No es eso lo que sostiene la sala 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, contradice la jurisprudencia de la sala.

Como afirma la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre , el hecho de que la 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 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 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 agosto , y 11/2017, de 13 de enero).

Es esclarecedora, al efecto, la sentencia 60/2016, de 12 de febrero .

No cabe imputar falta de diligencia a la administradora, pues, Según dijimos en las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

SÉPTIMO.- Tampoco puede inferirse esa falta de diligencia de la concatenación sucesiva de los contratos, pues ello, per se, no constituye indicio de que el cliente conociera el producto y sus riesgos, sino que, por el tiempo en que se produjo la contratación y las circunstancias que concurrían, muestra más bien que se trataba de una huida hacia adelante, presidida por el desconocimiento.

Según recoge la sentencia 378/2017, de 14 de junio , «hemos dicho en diversas sentencias (535/2015, de 15 de octubre ; 19/2016, de 3 de febrero ; 503/2016, de 19 de julio ; y 691/2016, de 23 de noviembre , entre otras) 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, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente 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.

»Además, cuando existe error excusable e invalidante del contrato, no puede apreciarse subsanación del vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio por actos propios, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. La confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 CC.»

Para dilucidar si hubo efectivamente información hubiese sido importante, como afirma la sentencia de primera instancia, conocer lo que pudiese manifestar, al respecto, el Sr. Benjamín , que fue el empleado de banca que ofreció e informó del producto, como la administradora de la actora. Tal carga pesaba sobre la demandada.

OCTAVO.- Incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio.

Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; y 595/2016, de 5 de octubre).

Por tanto ese déficit de información, en estrecha relación con la calificación de minorista de la actora, puede hacer presumir el error en quien contrató (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 de 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.

La sentencia recurrida, sin embargo, desde el respeto a sus conclusiones fácticas, no contiene ningún argumento que desvirtúe la presunción.

Ya se ha dicho que una cosa es que un empresario acometa, en el sector de su empresa, operaciones empresariales de riesgo, y otra que ello, sobre todo cuando se ha calificado de minorista, suponga que sea idóneo para contratar productos de riesgo y complejos o convenientes.

De ahí que proceda la estimación del recurso de casación y, por ende, asumiendo la instancia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos, 394.1 y 398.1 LEC , procede no imponer las costas a la parte recurrente.

Procede condenar a la parte demandada a las costas de la primera instancia y a las del recurso de apelación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Vozalon, S.L. contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, el 11 de marzo de 2015, dictada en el rollo de apelación



2105/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario 5102/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Sevilla.

2.º- Casar la sentencia recurrida, y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 15 de Sevilla el 26 de marzo de 2014 , en el Juicio Ordinario nº 2105/2010, que se confirma y se declara su firmeza.

3.º- No se imponen las costas del recurso de casación.

4.º- Se condena a la parte demandada a las costas de la primera instancia y a las causadas en el recurso de apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ