



Roj: **STS 4431/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4431**

Id Cendoj: **28079110012016100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/10/2016**

Nº de Recurso: **540/2013**

Nº de Resolución: **595/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 748/2013,**
STS 4431/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil Auxiliar General de Electromedicina, S.A., (Agem), representada ante esta Sala por el procurador D. Luciano Rosch Nadal, bajo la dirección letrada de D. Juan José Martín Arahál, contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2013 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 777/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 995/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia. Sobre nulidad de contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap). Ha sido parte recurrida Bankia, S.A., como sucesora de Bancaja S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, bajo la dirección letrada de D.ª Belén Alandete Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Rosa Selma García-Faria, en nombre y representación de Auxiliar General de Electromedicina, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, (Bancaja, S.A.), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«[...] se declare la nulidad del contrato "Interest Rate Swap" celebrado entre mi conferente y la demandada en fecha 4 de abril de 2.007 y en su consecuencia ordene a cada parte la devolución a la otra de las cantidades recibidas como fruto del mismo, incrementadas en el interés legal desde el momento de la percepción de las mismas y el mismo incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta la del completo pago, con expresa imposición de costas a la demanda».

2.- La demanda fue presentada el 2 de junio de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Valencia, siendo registrada con el núm. 995/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Javier Roldán García, en representación de Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, (Bancaja, S.A.) actualmente Bankia, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda presentada por Auxiliar General de Electromedicina, S.A. frente a Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja, con expresa imposición de costas a la parte actora ».



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia dictó sentencia núm. 160/2012, de 12 de julio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Desestimo la demanda presentada por "Auxiliar General de Electromedicina, S.A." contra "Bankia, S.A.",
»Condeno a la demandante a pagar las costas procesales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Auxiliar General de Electromedicina, S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 777/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«Fallamos: Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 12-7-12 por el Juzgado de Primera Instancia 17 de Valencia, en autos 995/11 de dicho Juzgado, confirmando dicha resolución con imposición de las costas de la alzada a la parte apelante. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legalmente previsto».

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

1.- La procuradora D.^a Rosa Selma García-Faria, en representación de Auxiliar General de Electromedicina, S.A. (AGEM), interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Interés casacional por contradicción de la sentencia de 21 de enero de 2013 de la Audiencia Provincial de Valencia con la mayoría de las audiencias provinciales nacionales (arts. 477.2.3 y 477.3 LEC)».

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 16 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la mercantil Auxiliar General de Electromedicina, S.A. contra la sentencia dictada, el 21 de enero de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 777/2012, dimanante del juicio ordinario nº 995/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Valencia.

»2.º Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la correspondiente Secretaría de la Sala».

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.

4.- Por providencia de 21 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 21 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- Auxiliar General de Electromedicina S.A. (en adelante Agem) es una pequeña empresa que se dedica a la exportación de material sanitario. En abril de 2007, adquirió una finca en la calle Doctor Ferrán n.º 1, de Cuenca. Para financiar esta compra se subrogó en el préstamo hipotecario que tenía la vendedora concertado con Bancaja y suscribió un contrato de permuta financiera denominado "interest rate swap" con vigencia de cuatro años. El 2 de abril, firmó primero un contrato Marco de Operaciones Financieras acompañado de dos anexos y dos días después una confirmación de la operación concreta. En el contrato marco se define esta modalidad de contrato como aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado.

En los dos primeros años, la empresa recibió dos liquidaciones positivas por importes de 3.782 y 4.077,78 euros, pero en los dos años siguientes tuvo que abonar 101.753,89 y 124.549,33 euros. Ante la primera



liquidación negativa la empresa pretendió desligarse del contrato, pero la cantidad que se le exigió para la cancelación era muy elevada.

Con esta base fáctica y ante la denuncia de ausencia de información acerca de los riesgos del contrato, el equilibrio de las prestaciones y del coste de cancelación, Agem formuló demanda solicitando la nulidad del contrato por vicio del consentimiento.

2.- La entidad demandada se opuso a la demanda y la sentencia de primera instancia la desestimó, al considerar que no se había probado la existencia de error en el consentimiento, porque la información sobre el producto se dio al Director Financiero de la empresa actora, economista que desde el año 1999 actuaba de intermediario entre la actora y las entidades financieras. De hecho, el mismo admitió que ni él ni el representante legal de la empresa leyeron el contrato antes de firmarlo en la notaría. Además argumentó, tras el examen de los documentos referidos a la operación aportados por el demandante, que estos dejaban claro que la operación podía conllevar riesgos y pérdidas para quien la contrataba. Y en cuanto a la cláusula que regulaba las condiciones de la cancelación anticipada, apreció que se trataba de un aspecto que no afectaba a elementos esenciales del contrato y por tanto no podía provocar su nulidad.

3.- Frente a dicha sentencia, interpuso recurso de apelación la entidad actora, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Declaró, en primer lugar, que la acción ejercitada no estaba caducada, sin perjuicio de la valoración de fondo, como acto propio o convalidatorio, del hecho de no haberse ejercitado la acción hasta que el contrato se extinguió. En relación con la posible existencia de error, la Audiencia compartió y confirmó la argumentación de la sentencia de primera instancia sobre la inexistencia de error vicio del consentimiento.

Argumentó que el error se ha de imputar a la parte demandante, toda vez que el intermediario financiero era una persona idónea desde el punto de vista de la formación académica y director *ad hoc* de la entidad demandante, y si él mismo y el legal representante de ésta no leyeron o no entendieron el contrato, y, pese a todo, lo suscribieron, es obvio que uno u otro, o ambos, habrían incumplido las obligaciones propias de sus funciones. Además, la actora no es una pequeña entidad mercantil, dado el volumen de endeudamiento que presenta. Afirmó, asimismo, que la actora no realizó ni una sola reclamación expresa relativa al contrato, ni a la circunstancia del posible error en el consentimiento prestado, ni hubo oposición relativa a las liquidaciones recibidas. Finalmente, destacó que el contrato era suficientemente expresivo y contenía advertencia expresa.

SEGUNDO.- Recurso de casación . Planteamiento. Admisibilidad.

1.- El recurso de casación se estructura en un motivo único en el que se invoca la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

En su desarrollo se argumenta que en la contratación litigiosa concurren los presupuestos para la apreciación de la doctrina del error en el consentimiento, al tratarse de un error esencial que afecta a la obligación principal del contrato -el desconocimiento de la naturaleza de la operación y el alto riesgo de la misma- y sustancial, porque alcanza a un elemento nuclear del contrato y a la esencia misma del consentimiento, en la medida en que el representante de la empresa que intervino en la operación, el Sr. Hermosilla, creyó suscribir un contrato que le protegía frente a subidas de tipos y no un derivado financiero especulativo y volátil.

Se alude, también, a la consideración de minorista de la empresa actora, calificación que obliga a las entidades bancarias, que gozan de una posición privilegiada y asimétrica, a observar una especial diligencia al facilitar la información necesaria para que el cliente comprenda correctamente qué contrata y le permita formar válidamente su consentimiento y en el caso esta obligación no se ha cumplido. Además, la oscuridad de las cláusulas del contrato marco y su confirmación, pre-redactadas por la demandada e impuestas a la empresa, ha provocado que la actora y su representante vieran viciado su consentimiento

Por último, en el motivo se rechaza la aplicación de la doctrina de los actos propios por el hecho de haber recibido varias liquidaciones positivas, pues solo cuando éstas son negativas es cuando realmente se evidencia que la parte había desconocido lo que había contratado.

2.- La parte recurrida se ha opuesto a la admisibilidad del recurso. Argumenta que en el escrito de interposición no se cumple el presupuesto del interés casacional, al acumular una multitud de sentencias de audiencias provinciales que resuelven casos diferentes, no se identifica la infracción legal denunciada y, por último, se alteran los hechos probados.

Sobre esta cuestión, la Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren



a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

3.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (*Efstathiou y otros contra Grecia*), 24 de abril de 2008 (*Kemp y otros contra Luxemburgo*), 30 de julio de 2009 (*Dattel contra Luxemburgo*), 5 de noviembre de 2009 (*Nunes Guerreiro contra Luxemburgo*) y 22 de julio de 2010 (*Ewert contra Luxemburgo*).

En este caso, estos requisitos se cumplen suficientemente, puesto que, pese a que la técnica del recurso no es lo depurada que debiera, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente, a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

TERCERO - *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de la normativa MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

2. - No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido



a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, básicamente préstamos hipotecarios, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

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

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

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

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

CUARTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, 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, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras.

2.- En este caso, partiendo de los propios hechos acreditados en la instancia, no se aprecia que la entidad financiera haya cumplido los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la sentencia no hace mención de manera clara y concluyente a que el banco informara al cliente de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, partiendo de una premisa errónea (que el cliente, por su formación, como licenciado en económicas y por su función de intermediario entre los bancos y la empresa, no necesitaba la información legalmente preceptiva) deduce que prestó su consentimiento de forma no viciada, aunque la entidad financiera no cumpliera sus obligaciones legales de información.

Según dijimos en las sentencias 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 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.

3.- Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, 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 del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, 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, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre). En el caso litigioso, la sentencia no declara que el Director financiero que negoció con el banco, aunque se trate de un licenciado en empresariales, tuviera un conocimiento especializado en este tipo de productos financieros, algo que va más allá de una formación económica universitaria y que tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto.

4.- También hemos declarado que el deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre).

En este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para Agem. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

En este sentido, hemos declarado también que las menciones predisuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. En las sentencias 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015, 222/2015, de 29 de abril, 265/2015, de 22 de abril, y 692/2015, de 10 de diciembre, entre otras, hemos considerado ineficaces las menciones predisuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento.

5.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». 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 normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Bancaja, en la actualidad Bankia, 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 fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

6.- A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

7.- Por último, en relación a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento o la convalidación del negocio, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones 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 (SSTS nº 12/2016, de 1 de febrero y 19/2016 de 3 de febrero)

8.- Habida cuenta, como hemos analizado, que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y estimarse el recurso de apelación interpuesto por Auxiliar General de Electromedicina S.A. contra la sentencia de primera instancia, que también debe ser revocada. Lo que supone estimar la demanda y declarar la nulidad del contrato "Interest Rate Swap" por error vicio en el consentimiento, debiendo restituirse las partes recíprocamente las prestaciones, conforme dispone el artículo 1.303 del Código Civil .

QUINTO.- Costas y depósito

1.- La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de tales recursos, conforme previene el artículo 398.2 LEC .

2.- En cuanto a las costas de primera instancia, deben imponerse a la parte demandada, según determina el artículo 394.1 LEC .

3.- Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la compañía mercantil Auxiliar General de Electromedicina, S.A., contra la sentencia dictada el 21 de enero de 2013 por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 777/2012 . 2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos estimar el recurso de apelación interpuesto por Auxiliar General de Electromedicina, S.A. contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.17 de Valencia , en el juicio ordinario núm. 995/2011, que se revoca y deja sin efecto; y estimando la demanda inicial del procedimiento, formulada por Auxiliar General de Electromedicina, S.A, contra Bancaja S.A., en la actualidad Bankia S.A., declaramos la nulidad del contrato 'Interest Rate Swap' celebrado entre las partes; condenando a Bankia S.A. a restituir a Auxiliar General de Electromedicina, S.A. las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas al cliente durante la vigencia del contrato, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas; con los intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de percepción. 3.º- . No se hace expresa imposición de costas de los recursos de apelación y casación. Y condenamos a 'Bankia S.A.' al pago de las costas de la primera instancia. 4.º- Ordenamos la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ