



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063174

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 89/2018, de 19 de febrero de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1388/2015

SUMARIO:

Contratos bancarios. Permuta financiera. Swaps. Vicio del consentimiento. Dies a quo del plazo de caducidad en las acciones de anulación de contratos de swaps por error vicio del consentimiento. Mediante una interpretación del art. 1301. del CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato». A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato. En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento. En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.265, 1.266, 1.301, 1.310, 1.311, 1.313.

Ley 24/1988 (Mercado de Valores), arts. 2.2, 78 bis, 79.1 y 79 bis,

RDLeg. 4/2015 (TR Ley mercado de valores) art. 210.

PONENTE:

Doña María de los Angeles Parra Lucan.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Don ANTONIO SALAS CARCELLER
Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Don RAFAEL SARAIZA JIMENA
Don PEDRO JOSE VELA TORRES
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 89/2018

Fecha de sentencia: 19/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1388/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2018

Ponente: Excmá. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN. SECCIÓN 2.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1388/2015

Ponente: Excmá. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 89/2018

Excmos. Sres. y Excmá. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo



D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto en Pleno el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por Banco de Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta, contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2015 por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de León en el recurso de apelación n.º 386/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 80/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponferrada, sobre contrato marco de operaciones financieras y de permutas financieras de tipo de interés. Ha sido parte recurrida la mercantil Construcciones Poncelas S.A. representada por la procuradora D.^a Silvia Virto Bermejo y bajo la dirección letrada de D.^a Claudia Hidalgo López-Gavela.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Tramitación en primera instancia

1.- Construcciones Poncelas S.A. interpuso demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de contratos y otros extremos contra Banco Santander Central Hispano S.A. (BSCH) en la que solicitaba dictar sentencia:

«Que declare la nulidad del contrato "marco de operaciones financieras" reseñado en el hecho tercero de esta demanda, de los tres contratos de permuta financiera (swaps) reseñados en los hechos cuarto, quinto y sexto, respectivamente, de la misma y de cuantas obligaciones estén vinculadas y/o se deriven de todos ellos, con recíproca devolución de las prestaciones realizadas por las partes contratantes a consecuencia de tales contratos; y condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y al pago de los intereses legales de la cantidad que resulte a favor de la actora, desde la última liquidación que le cargó en cuenta la demandada, el 21 de noviembre de 2011 (documento 51), hasta la fecha de pago, o, subsidiariamente, desde la interpelación judicial hasta la fecha de pago.

»Subsidiariamente, de no estimarse la petición principal de nulidad, que condene a la demandada como consecuencia del incumplimiento de su deber de información reglada como sistema de protección del usuario de servicios financieros, al resarcimiento de los daños y perjuicios causados y/o derivados de tal incumplimiento, fijados de acuerdo con el hecho décimo de la demanda en el coste o pérdida que la operación supuso a la actora, o sea en 307.851,83 euros; y al pago de los intereses legales de la cantidad que resulte a favor de la actora, desde la última liquidación que le cargó en cuenta la demandada, el 21 de noviembre de 2011 (documento 51), hasta la fecha de pago, o, subsidiariamente, desde la interpelación judicial hasta la fecha de pago.

»En cualquiera de los dos supuestos, con expresa imposición de costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 30 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ponferrada y fue registrada con el n.º 80/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco Santander S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar sentencia «que desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ponferrada dictó sentencia n.º 170/14 de fecha 1 de septiembre , con el siguiente fallo:

«Que debo estimar, y estimo, la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales sra. Seco Sotelo, quien actúa en nombre y representación de Construcciones Poncelas S.A. contra Banco de Santander Central



Hispano, SA (en adelante BSCH), representada por el procurador de los tribunales sr. Morán Martínez, y en consecuencia, debo declarar y declaro la nulidad de los siguientes contratos: contrato "marco de operaciones financieras" de fecha 25 de octubre de 2005; operaciones de confirmación de las permutas financieras de tipo de interés (swaps) con fecha de operación 25/10/2005, 29/03/2006 y 10/11/2006, y de cuantas obligaciones estén vinculadas y/o se deriven de ellos, y en consecuencia declaro que esta nulidad comporta la restitución recíproca de las prestaciones realizadas por las partes contratantes a consecuencia de tales contratos; condenando al Banco de Santander Central Hispano S.A. (en adelante BSCH) a estar y pasar por dicha declaración, así como a la devolución de la cantidad que deba serle reintegrada a Construcciones Poncelas SA, a la que será de aplicación el interés legal que corresponda a esa liquidación desde el 21 de noviembre de 2011 hasta sentencia, y el interés previsto en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago.

»Todo ello con expresa condena en costas en esta instancia».

Segundo.

Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de León, que lo tramitó con el n.º de rollo 386/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2015 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación planteado por el procurador D. Juan Alfonso Conde Álvarez, en nombre y representación de Banco Santander S.A., contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponferrada, León, en el Juicio Ordinario seguido con el n.º 80/14, debemos de revocar y revocamos dicha resolución declarando caducada la acción para ejercitar la nulidad de los contratos de Permuta Financiera de fecha 25 de octubre de 2005 y 29 de marzo de 2006, dejando sin efecto la condena en costas del primera instancia, manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución de instancia, sin que proceda hacer condena de las costas de esta alzada».

Tercero.

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- El Banco de Santander S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Al amparo del artículo 469.1.4.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 24.1 de la Constitución , por ilógica o arbitraria valoración de la prueba en relación con la concurrencia de error en el consentimiento prestado».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de E . Civil, se denuncia infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto del error en el consentimiento prestado, en concreto, de las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013 y 17 de febrero de 2014 .

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de E . Civil, se denuncia infracción del artículo 1301 CC en la jurisprudencia de este Alto Tribunal, en concreto la sentencia n.º 769/2014 del Pleno de 12 de enero de 2015 , en relación con la caducidad de la acción de anulabilidad del contrato suscrito el 10/11/2006».

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 18 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 4 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de León,



Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 386/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 80/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponferrada».

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 13 de diciembre 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 9 de enero de 2018, en que se acordó su pase a conocimiento del pleno de la sala el 24 de enero de 2018. En la deliberación, votación y fallo no participó el magistrado D. Eduardo Baena Ruiz, al tener concedida licencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- El 17 de diciembre de 2002, Construcciones Poncelas S.A. suscribió con Banco de Santander Central Hispano S.A. (en adelante BSCH) un préstamo con garantía hipotecaria por un importe de 1.297.609,68 euros para financiar la adquisición de un solar.

El 19 de diciembre de 2003 las mismas partes ampliaron el plazo de duración y el capital del préstamo hipotecario inicial para financiar la construcción de 39 viviendas unifamiliares adosadas proyectadas, con la posibilidad de la posterior subrogación en el préstamo hipotecario de los terceros adquirentes de las viviendas. De este modo, el capital total ampliado del préstamo ascendía a 6.000.000,00 euros y el plazo pactado finalizaba el 17 de diciembre de 2036.

En la fecha de ampliación del plazo del préstamo hipotecario (19 de diciembre de 2003), Construcciones Poncelas S.A. había dispuesto de la suma 1.290.609,67 euros del importe total del préstamo hipotecario.

2.- El 25 de octubre de 2005 las mismas partes suscriben un contrato marco de operaciones financieras. Al amparo de este contrato las partes suscribieron ese mismo día una confirmación de permuta financiera denominada « swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears», con fecha de inicio 27 de octubre de 2005 y vencimiento el 27 de octubre de 2008 por un importe nominal de 3.000.000,00 euros.

A fecha de 17 de octubre de 2005, es decir unos días antes de la firma del contrato marco de operaciones financieras y de la primera confirmación de la permuta financiera de tipo de interés, Construcciones Poncelas S.A. había dispuesto de la suma de 2.090.735,76 euros del préstamo hipotecario.

3.- El 29 de marzo de 2006 las partes suscriben una nueva confirmación de permuta financiera denominada « swap bonificado escalonado con barrera Knock-in in arrears», por la que cancelan la anterior, por el mismo nominal de 3.000.000,00 euros. Retrotraen los efectos del contrato al 25 de octubre de 2005 y declaran que la cancelación de la anterior confirmación se entiende producida desde esa misma fecha.

En ese momento (29 de marzo de 2006), Construcciones Poncelas S.A. había dispuesto de 1.735.507,40 euros del préstamo. Es decir, se había reducido el capital prestado, bien por amortización del préstamo, bien por subrogación en él de terceros adquirentes de las fincas hipotecadas.

4.- Desde octubre de 2005 hasta octubre de 2006, Construcciones Poncelas S.A. tuvo en las liquidaciones del swap un saldo negativo de 36.314,60 euros. Construcciones Poncelas S.A. reclamó extrajudicialmente esa cantidad al banco y este le propuso un tercer swap . Se canceló el segundo swap , el banco devolvió a Construcciones Poncelas S.A. el saldo negativo de 36.314,60 euros) y se firmó el tercer swap.

El 10 de noviembre de 2006 las partes suscriben un documento rubricado «acuerdo de cancelación anticipada de operación de permuta financiera de tipos de interés» por el que cancelan el contrato de 29 de marzo de 2006.

El nuevo acuerdo se entiende producido en el marco del contrato marco de operaciones financieras suscrito el 25 de octubre de 2005.

El resultado de la cancelación del contrato de 29 de marzo de 2006 es asumido en la contratación de una nueva operación de «confirmación de permuta financiera de tipos de interés», cuyos efectos se inician el 20 de noviembre de 2006 y vencen el 21 de noviembre de 2011. El importe nominal del contrato es de 5.000.000,00 euros.



La suma dispuesta por Construcciones Poncelas S.A. a fecha de 20 de noviembre de 2006, era de 1.066.223,24 euros. Se había reducido el capital prestado, bien por amortización del préstamo, bien por subrogación en él de terceros adquirentes de las fincas hipotecadas.

5.- El 28 de marzo de 2007 se amortizó en su totalidad el préstamo hipotecario otorgado por las partes.

6.- Durante la vigencia del tercer swap, el cliente obtuvo los dos primeros años un saldo neto a su favor. El primer año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2007; el saldo anual es favorable al cliente en 15.3861,11 euros; el segundo año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2008; el saldo anual es favorable al cliente en 125,21 euros; el tercer año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009; el saldo anual es desfavorable para el cliente en 82.405,42 euros; el cuarto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 20 de noviembre de 2009; el saldo anual es desfavorable para el cliente en 82.405,42 euros; el quinto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 22 de noviembre de 2010; el saldo anual es desfavorable al cliente en 136,058,33 euros; el sexto año, tras cuatro liquidaciones positivas para el cliente, obtiene una primera liquidación negativa girada el 21 de noviembre de 2011; el saldo anual es desfavorable al cliente en 104.874,00 euros.

7.- El 30 de enero de 2014 Construcciones Poncelas S.A. interpuso contra BSCH demanda de nulidad del contrato «marco de operaciones financieras» de fecha 25 de octubre de 2005 y de las operaciones de confirmación de las permutas financieras de tipo de interés de 25 de octubre de 2005, 29 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006, así como de todas las obligaciones derivadas de ellas.

Alegó que estas operaciones le habían supuesto unas pérdidas de 307.851,87 euros y que celebró los contratos con error vicio del consentimiento provocado por el incumplimiento por la demandada de los deberes de información sobre los riesgos que comportaban los contratos litigiosos. Sostuvo que la demandada le asesoró y recomendó la contratación de un producto que le ofreció como un seguro de cobertura de los préstamos suscritos por si subía el tipo de interés, prevaleciendo de su conocimiento de los mercados, lo que le permitió obtener un beneficio a su costa. Solicitó la recíproca restitución de las prestaciones realizadas por las partes y el pago de los intereses que resulten a su favor desde la última liquidación que le cargó en cuenta la demandada, el 21 de noviembre de 2011, hasta la fecha de pago o subsidiariamente desde la interpelación judicial. Subsidiariamente, solicitó la condena a la demandada a una indemnización de daños derivados del incumplimiento por la demandada de sus deberes de información, daños que cifró en el coste que supuso para la actora la operación (307.851,83 euros).

8.- Banco Santander se opuso a la demanda, alegando caducidad de la acción y negando el incumplimiento de los deberes de información que le incumbían.

9.- La sentencia del Juzgado estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y de las confirmaciones de las permutas financieras de tipo de interés con la consecuente restitución de las prestaciones realizadas por las partes contratantes.

10.- Banco Santander interpuso recurso de apelación. Denunció errónea interpretación de la naturaleza de los contratos de permuta financiera y su consecuencia respecto de la caducidad de la acción de nulidad, defectuosa interpretación de la legislación aplicable, error en la valoración de la prueba y vulneración de lo dispuesto en los arts. 1266 y concordantes del Código civil.

La demandante se opuso y la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó parcialmente el recurso.

La Audiencia entendió que estaba caducada la acción de nulidad de los contratos de permuta financiera de 25 de octubre y de 29 de marzo de 2006 con apoyo en el siguiente razonamiento:

«La Confirmación de Permuta Financiera de fecha 20-03-2006, se suscribe el 29-03-2006, retrotrayendo la fecha de inicio, al 27-10-2005, siendo su vencimiento el 27-10-2010, pero se cancela el 10-11-2006, luego ha de entenderse caducada la acción para pedir y declarar la nulidad de dicho contrato, al igual que sucede con la confirmación de Permuta Financiera, fecha de operación de 25-10-2005, fecha de inicio 27-10-2005 y fecha de vencimiento 27-10-2008, que es cancelada anticipadamente con la operación de permuta financiera de fecha 20-03-2006, pues cada uno de los contratos goza de autonomía propia, el primero y el segundo se cancelan dando paso a la suscripción del siguiente, viniendo el posterior a ocupar el lugar del contrato anterior, por lo que el plazo de caducidad de los cuatro años, ha de computarse necesariamente desde las respectivas fechas de la cancelación, de ahí, que la acción para pedir y declarar la nulidad estaría caducada en ambos casos».

La Audiencia, en cambio, entendió que no estaba caducada la acción de nulidad del contrato suscrito el 10 de noviembre de 2006 y vencimiento el 21 de noviembre de 2011 porque la demanda se interpuso antes del



transcurso del plazo de cuatro años desde el vencimiento. Igualmente, consideró que no estaba caducada la acción de nulidad del contrato marco con apoyo en el siguiente razonamiento:

«El contrato marco de operaciones financieras de fecha 25 de octubre de 2005, se suscribe con la finalidad de amparar las operaciones posteriores, en este caso, los contratos de permuta financiera, los cuales se ajustan a la normativa del contrato marco, por lo que aparece en directa relación con cada uno de los tres contratos suscritos, continuando su efectos mientras aquellos se encuentran en vigor, de ahí que el plazo de caducidad, para dicho contrato se deba de tomar desde la fecha del vencimiento, del último de ellos, es decir desde, el 21-11-2011, por lo que en función de la fecha en la que se presenta la demanda no se puede entender caducada la acción para pedir su nulidad».

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Audiencia consideró que hubo falta de información por parte de la demandada que dio lugar al error de la demandante, por lo que procedía declarar la nulidad del tercer contrato. En síntesis, tuvo en cuenta las siguientes razones :

i) que el producto contratado es complejo, en cierto modo especulativo y de alto riesgo (art. 79.1 y 79 bis 8 en relación con el art. 2.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores y 79 bis de la Ley 47/2007, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio);

ii) que la demandante era un cliente minorista (art. 78 bis. 4 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre);

iii) que la Ley 47/2007, y antes la Ley 24/1988, imponen unos deberes de información a cargo de las entidades financieras que han sido interpretados por la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que el cliente debe conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociado con el fin de salvar el desequilibrio de información;

iv) que, de acuerdo con la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011), tiene la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor cuando la recomendación se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público;

v) que el administrador que contrató tiene una formación de tornero fresador, de modo que aunque se hacía cargo de la oficina y administración de la empresa carecía de formación financiera específica, por lo que a la hora de ofertarle los contratos de permuta financiera, se debería de haberle dado una explicación amplia, detallada y somera, del producto financiero y de cómo operaba, tanto para el caso de la subida del tipo de interés como para el de la bajada, lo que a la vista de lo actuado, no parece que se hubiera realizado;

vi) que la contratación le fue ofrecida al administrador D. Jose Pablo por un empleado de la entidad, D. Juan María , «en un momento en que los tipos de interés estaban al alza, que no le explicó el contrato marco, que el mismo reconoce no haber leído más que a trozos, pero sí el contrato de permuta financiera, aunque según refiere, le explicó el techo, no el suelo, porque el producto era solo para subidas alcistas que era la tendencia que había en el momento en que se ofrece, manifestaciones que vienen a refrendar la posición de la actora, en torno a que se le vende como un seguro por si el tipo de intereses subía, como algo que suponía un beneficio, pero nunca se le explicó que si bajaba podían generarse liquidaciones negativas de las que deberían hacerse cargo, firmando los contratos el administrador de la actora por la confianza que le ofrecía lo que le proponía el empleado del banco, con el que llevaba trabajando durante muchos años, y quien le visitaba en solitario o en compañía de otras personas del banco, con mucha frecuencia, en las instalaciones de la empresa, tal y como reconoce el propio D. Juan María y señalan los testigos que declaran a instancia de la parte actora»;

vii) que incumbe al banco la prueba de que proporcionó la información precisa y que en el caso «no ha probado más que ofertó los contratos de permuta financiera a D. Jose Pablo a quien visitaban con frecuencia sus empleados, y con el que mantenían una relación muy fluida, indicándole que ante las previsiones alcistas que existían de los tipos era para su empresa beneficioso contratar tales productos, proporcionándole únicamente la documentación al tiempo de la firma de los contratos, sin hacerle entrega de folletos explicativos, o copias de los contratos para que pudiera examinarlos con calma e informarse del verdadero alcance de los mismos, sin darle una explicación a través de la cual pudieran comprender y entender el verdadero alcance del mismo, o el posible coste que pudiera tener de optar por la cancelación y que a buen seguro de conocerlo a priori hubiera dado lugar a que no se habría aceptado la contratación del producto, que precisamente se coloca al cliente sobre la base de que supone un beneficio pero sin aclararle que como contrapartida puede tener, como de hecho sucedió un coste elevado»;



viii) que la demandante no conocía el riesgo real del contrato al cancelar uno y sustituirlo por otro ni tampoco al aceptar liquidaciones negativas, pues solo se conoce la complejidad del producto cuando se van amortizando los préstamos y siguen llegando liquidaciones negativas;

ix) que se evidencia que la entidad colocó a la demandante un producto que en absoluto favorece sus intereses, como demuestra el hecho de que cuando se suscribió el último de los contratos, por un importe nominal de cinco millones de euros, vinculado a un préstamo de seis millones, la demandante únicamente había dispuesto de 1.066.233,24 euros, que el préstamo se amortizó en su totalidad a finales de marzo de 2007 y que el swap mantuvo su vigencia hasta el 21 de noviembre de 2011;

x) que el déficit de información provoca un error excusable en el cliente, de acuerdo con la doctrina de la Sala Primera.

Segundo.

Recurso de casación

1.- Banco Santander interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El auto de 18 de octubre 2017 inadmite el primero y admite el segundo.

El recurso de casación se interpone en su modalidad de interés casacional y se funda en dos motivos.

1.º) En el primero se denuncia infracción de los arts. 1265 y 1266 CC . Para justificar el interés casacional el demandado ahora recurrente aporta las sentencias de 21 de noviembre de 2012 , de 29 de octubre de 2013 y de 17 de febrero de 2014 . Sostiene, en esencia, que no concurren los presupuestos para apreciar un error excusable.

2.º) En el segundo motivo denuncia infracción del art. 1301 CC . Para justificar el interés casacional la parte recurrente aporta la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 . Sostiene, en esencia, que la acción de nulidad del contrato otorgado el 10 de noviembre de 2006 había caducado cuando se interpuso la demanda.

2.- La demandante recurrida se opone al recurso de casación mediante escrito en el que solicita la desestimación de los dos motivos.

3.- Procede analizar en primer lugar el segundo motivo del recurso porque, de entender que había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción para hacer valer la nulidad del tercer contrato de swaps , ya no sería preciso entrar a analizar el motivo en que se denuncia que no concurren los requisitos para apreciar error vicio del consentimiento.

Tercero.

Dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato se swap

1.- La sentencia recurrida ha declarado caducada la acción respecto de los dos primeros contratos de swaps celebrados por las partes, pero no respecto del tercero. La demandada ahora recurrente sostiene que, al no declarar caducada la acción respecto del último contrato, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 .

Entiende la recurrente que debe partirse del esquema argumental de la propia demandante, cuya acción se basa en la existencia de vicio del consentimiento derivado de un error con respecto de lo contratado. Argumenta que, puesto que la demandante fundamenta su error en la creencia de que se encontraba ante alguna especie de seguro de tipos de interés sobre el que desconocía completamente el riesgo que comportaba su suscripción, lo coherente es entender que, en consecuencia, con la recepción y aceptación de las primeras liquidaciones periódicas derivadas de los contratos, la actora tuvo ocasión de advertir que no era un seguro y de ver materializado el riesgo que afirma que desconocía.

A partir de ese momento, alega la recurrente, la demandante habría estado en condiciones de advertir el error en que presuntamente había incurrido. Sostiene, en definitiva, que, dado que la actora había soportado liquidaciones negativas como consecuencia de los dos contratos ya suscritos con anterioridad y que la primera liquidación negativa del contrato suscrito el 10 de noviembre de 2006 data del 20 de noviembre de 2007, cuando se interpuso la demanda el 30 de enero de 2014 también habría transcurrido el plazo de ejercicio de la acción en relación con este tercer contrato.

La recurrente pone de relieve finalmente que el tercer contrato de swap suponía la cancelación de los otros contratos anteriores y que la demandante no puso ninguna objeción a las liquidaciones. Añade que no cabe declarar la nulidad de un contrato extinguido y cuyos efectos han cesado.



2.- En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida «unit linked multistrategia» en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada periodo de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

4.- La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el segundo motivo del recurso de casación.

En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto.

Cuarto.

La nulidad del contrato por error vicio del consentimiento

Desestimado el segundo motivo del recurso de casación, procede analizar el primer motivo, en el que la entidad recurrente denuncia infracción de los arts. 1265 y 1266 CC en relación con la jurisprudencia sobre el error vicio del consentimiento. Sostiene, en esencia, que hubo información por parte del banco y que en todo caso el administrador de la demandante habría incumplido los deberes de diligencia propios de un ordenado empresario, por lo que el error no sería ni esencial ni excusable.



Esta sala ya ha dictado un número muy considerable de sentencias, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión y, en concreto, en la contratación de swaps de tipos de interés por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado de productos financieros y de inversión.

En casos como el presente en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID (el contrato litigioso se suscribió el 10 de noviembre de 2006, con anterioridad a la entrada en vigor 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), la citada doctrina ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación (entre las más recientes, sentencias 562/2016, de 23 de septiembre, 595/2016, de 5 de octubre, 668/2016 y 669/2016, de 14 de noviembre, 732/2016, de 20 de diciembre, 7/2017, de 12 de enero, y 10/2017, de 13 de enero).

De esta doctrina y en lo que ahora interesa, conviene destacar lo siguiente:

1.- Por lo que respecta a los deberes de información de las entidades financieras en este tipo de contratos, se viene declarando que la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), tan solo acentuó las obligaciones de dichas entidades con respecto a sus clientes, pero no supuso una regulación realmente innovadora.

En este sentido, la ya citada sentencia, 10/2017, de 13 de enero, reitera que la normativa pre-MiFID «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.

»[...]

»Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, 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"».

2.- Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información, dicha doctrina jurisprudencial viene declarando:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.

En el caso de los swaps, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo.



La citada sentencia 10/2017, de 13 de enero , declara al respecto:

«[l]a entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

»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».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.

La misma sentencia 10/2017 declara sobre este punto:

«No obstante, 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 -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».

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.

Así, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre , razona:

«Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia n.º 195/2016, de 29 de marzo , 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 n.º 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, 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».

En particular, considera que «no se trata de que el Banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada», y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero .

La sentencia 2/2017, de 10 de enero , reiteró al respecto que:

«En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, 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 podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. 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 la misma línea, la sentencia 595/2016, de 5 de octubre, ya había puntualizado que «las menciones predispuestas 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 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. 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 predispuestas 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».

En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable, no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta «una mera ilustración sobre lo obvio», es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, incluye advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos

Según recuerda la ya referida sentencia 10/2017 :

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

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 (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «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» (sentencia 594/2016, de 5 de octubre).

3.- En la doctrina más reciente el error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril dice:



«Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado».

Con anterioridad, la sentencia 503/2016, de 19 julio , declaró:

«[...] Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero .

»Como decíamos en dicha sentencia, 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, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, 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.

»Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, 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».

En esta línea, en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre , también se dijo que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los arts. 1310 , 1311 y 1313 CC .

4.- En aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial procede la desestimación del primer motivo del recurso de casación por las siguientes razones:

1.ª) Si partimos de los propios hechos probados en la instancia, no cabe concluir que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación respectivamente aplicable.

La sentencia recurrida, tras resaltar la difícil comprensión y complejidad del contrato litigioso, afirma que el banco no ha acreditado que proporcionara al demandante la información necesaria para que pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar, que se salía por completo de la línea de productos comunes que se venían contratado hasta esos momentos por la sociedad demandante. Añade que el banco solo ha probado que ofertó el producto frente a las tendencias alcistas de los tipos de interés, que hubo asesoramiento financiero pero no una información completa y adecuada sobre las características de la operación que concertaba el cliente, «proporcionándole únicamente la documentación al tiempo de la firma de los contratos, sin hacerle entrega de folletos explicativos, o copias de los contratos para que pudiera examinarlos con calma e informarse del verdadero alcance de los mismos, sin darle una explicación a través de la cual pudieran comprender y entender el verdadero alcance del mismo, o el posible coste que pudiera tener de optar por la cancelación y que a buen seguro de conocerlo a priori hubiera dado lugar a que no se habría aceptado la contratación del producto, que precisamente se coloca al cliente sobre la base de que supone un beneficio pero sin aclararle que como contrapartida puede tener, como de hecho sucedió un coste elevado».

2.ª) La consideración de la entidad demandante como minorista, no experta en la contratación de productos financieros, a la vista de la actividad empresarial a la que se dedicaba, así como la ausencia de formación financiera del administrador.

3.ª) El que se hubieran celebrado otros contratos con anterioridad, que fueron cancelados, y que aceptara liquidaciones negativas no implica que el cliente conociera el riesgo del contrato que se le ofreció como cobertura de los tipos de interés de los préstamos que tenía concertados, pues como advierte la sentencia recurrida, «hasta que no se van amortizando los préstamos y siguen llegando las liquidaciones negativas del producto, no es realmente cuando para el cliente, se pone de manifiesto la complejidad del producto, su desproporción en las obligaciones de las partes, circunstancias ignoradas hasta esos momentos, al no haber sido informado al respecto con un mínimo de rigor y precisión, del contrato, y de forma diligente y transparente». En consecuencia, ninguno de los actos realizados por la demandante comporta la realización de actos de confirmación o convalidación del contrato, pues ni se realizaron con conocimiento del error ni respondían a tal propósito.

**Quinto.**

Procede por ello la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

La desestimación del recurso comporta que se impongan las costas del recurso a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

Conforme al apartado 9 de la disp. adicional 15.ª LOPJ, procede la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por de Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 4 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 386/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 80/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ponferrada.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.