

Roj:STS 50/2018- ECLI:ES:TS:2018:50, Nº de Recurso:1737/2015, Nº de Resolución:23/2018, Ponente:PEDRO JOSÉ VELA TORRES, cuyos criterios nos permiten puntualizar las obligaciones que asuma la entidad bancaria. Así se indica:

<<1.- Los contratos de permuta financiera son productos financieros sujetos a la legislación del mercado de valores. En concreto, en la fecha en que se suscribieron los contratos litigiosos, el art. 2 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), y en su caso, en función de su fecha, a la normativa MiFID (Directivas 2004/39/CE, 2006/73/CE y 2006/49/CE) y su incorporación al Derecho español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Desde ese punto de vista, lo relevante, en su caso, a efectos de la apreciación del vicio del consentimiento en que se basa la demanda, es que el cliente tenga la cualidad legal de minorista. Pero es completamente intrascendente que sea o no consumidor, puesto que su legislación reguladora no resulta aplicable al supuesto de hecho.>>

[...]

3-Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 96/2017, de 15 de febrero; 132/2017, de 27 de febrero; y 163/2017, de 8 de marzo).

[...]

<<Las advertencias contenidas en los contratos sobre su volatilidad y la posibilidad de fluctuación de los tipos de interés son lo que, en diversas sentencias, hemos calificado como ilustración sobre lo obvio, es decir, que se explica que, en función del euríbor, puede pagar una u otra parte, pero ello no supone una información completa sobre los riesgos en los términos exigidos legalmente.

[...]

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 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.

Hemos afirmado también en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo.

[...]

Como decíamos en dichas sentencias, 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 genéricamente 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.

4.-Además, al existir error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese 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.

[...]

5.- Hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1311 del Código Civil (sentencias 924/1998, de 14 de octubre, y 535/2015, de 15 de octubre). Por lo que no concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 CC. Razones por las cuales este motivo de oposición al recurso de apelación tampoco puede ser atendido.>>

Y, en la sentencia de 31 de octubre de 2018, Roj:STS 3675/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3675, Nº de Recurso:958/2016, Nº de Resolución:603/2018, Ponente:MARIA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCAN se indica:

<<2.- Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio.

Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atendremos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (por todas, sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre).

Asimismo, en relación con contratos de permuta financiera con la denominación "Clip Bankiner", muy similares al que es objeto de este procedimiento, se ha pronunciado esta sala, entre otras, en las sentencias 547/2015, de 20 de octubre; 559/2015, de 27 de octubre; 560/2015, de 28 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 631/2015, de 26 de noviembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 25/2016, de 4 de febrero; 26/2016, de 4 de febrero; 358/2016, de 1 de junio; 491/2016, de 14 de julio; 509/2016, de 20 de julio; 676/2016, de 16 de noviembre; y 143/2017, de 1 de marzo; y 452/2018, de 17 de

julio.

También hemos afirmado en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, sin que sea suficiente el que el administrador haya constituido empresas para venderlos y firmado contratos semejantes en los que tampoco se dice que hubiera sido informado de los riesgos.

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.

Según recuerda la sentencia 10/2017, de 10 de enero:

"No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está 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