



Roj: **STS 2016/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2016**

Id Cendoj: **28079110012018100314**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **858/2015**

Nº de Resolución: **320/2018**

Procedimiento: **Civil**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 1028/2014,**
STS 2016/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 320/2018

Fecha de sentencia: 30/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 858/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2018

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

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 858/2015

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 320/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 30 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil Estación de Servicios Platero S.A., representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal bajo la dirección letrada de D. Antonio Olaya Ponzzone, contra la sentencia n.º 334/2014 dictada en fecha 30 de diciembre por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación n.º 630/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 259/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Moguer, sobre acción de nulidad contractual. Ha sido parte recurrida el Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- Estación de Servicios Platero S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que estimándose íntegramente la demanda:

«1.º Declare la nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras, así como de las confirmaciones de permuta financiera, por ausencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil y/ o por infracción de la normativa imperativa especial de aplicación al presente caso, que acarrea la nulidad de pleno derecho ex artículo 6.3 del Código Civil , además de todos los otros argumentos relatados en este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta o, subsidiariamente, desde el día de interposición de la demanda.

»2.º Subsidiariamente, declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras, así como de las confirmaciones de permuta financiera, por vicio en el consentimiento, además de todos los otros argumentos relatados en este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc*), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta o, subsidiariamente, desde el día de interposición de la demanda.

»3.º Alternativamente a la no estimación por ese Tribunal de la declaración de nulidad del contrato marco y de las confirmaciones de permuta financiera de Banco Santander, declare el incumplimiento contractual, por parte de Banco Santander del contrato marco y de las confirmaciones de permuta financiera y, en consecuencia, condene a Banco Santander a resolver, sin coste alguno, el swap vigente de 469.000 € de notional, y al pago a mi mandante de los perjuicios económicos causados hasta la fecha de interposición de esta demanda, valorados hasta hoy en ciento noventa y un mil seiscientos cincuenta y un euros con setenta y ocho céntimos (191.651,78 €) por liquidación de los cargos y abonos realizados por el banco a cuenta de la empresa actora, más intereses legales.

»4.º Condene, en todo caso, a Banco Santander a la satisfacción de las costas causadas y que se causen en este proceso».

2.- La demanda fue presentada el 19 de abril de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Moguer y fue registrada con el n.º 259/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Santander S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Moguer dictó sentencia de fecha 3 de junio de 2014 , con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora D.^a Patricia Hierro Pazos, en nombre y representación de Estación de Servicios Platero S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 22 de febrero de 2008 y 12 de septiembre de 2008, y del contrato marco de operaciones financieras de fecha 22 de febrero de 2008 suscrito con Banco Santander S.A., acordando la retroacción de efectos y pertinente restitución recíproca de prestaciones entre las partes, en cuanto al principal, así como a los intereses, desde la interposición de la demanda; con expresa condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 630/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de diciembre de 2014 , con el siguiente fallo:

«ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco Santander S.A., contra la sentencia dictada el tres de junio de dos mil catorce en el asunto a que se refiere el rollo de sala arriba citado, por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Moguer y REVOCARLA en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de la Estación de Servicios Platero S.A., contra Banco Santander S.A., a quien se absuelve de los pedimentos de la misma.

»[...]

»No se hace expresa imposición de costas en ninguna de las instancias».

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

1.- Estación de Servicios Platero S.A. interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Interés Casacional por el desconocimiento o inaplicación, de la sentencia recurrida, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo el PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO la posible infracción, inaplicación o indebida aplicación, por la sentencia impugnada, del alcance real de los deberes de diligencia, información y transparencia que incumbe a las entidades de servicios de inversión cuando comercializan productos financieros complejos de riesgo, como las permutas financieras, con clientes minoristas, que se concretan en la siguiente normativa: artículos 78.bis.1 (obligación de clasificación de los clientes), 79 (obligación de diligencia y transparencia) y 79 bis, puntos 1 a 6 (obligación de información), de la Ley del Mercado de Valores (LMV), tras la reforma operada por Ley 47/2007; artículos 60.1.b-c-d y 60.5 (a los efectos del artículo 79.bis.2 LMV), 61.1 (de conformidad a los artículos 78.bis y 78 .ter de la LMV), 62.1 y 2 (documentación e información por anticipado), 64.1 y 2 (información sobre instrumentos financieros), 66.a (información sobre costes y gastos), 72 (evaluación de la idoneidad) y 73 (evaluación de la conveniencia) del R.D. 217/2008; y artículos 5.1 y 5 (requisitos incorporación condiciones generales), 7 (no incorporación de las condiciones generales) y 8.1 y 2 (nulidad de las condiciones generales) de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); normativa, toda ella, de obligada consideración en orden a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda, tanto respecto de la nulidad del contrato, como del incumplimiento de los deberes legales con derecho resolutorio y/o indemnizatorio, tal y como desarrollaremos en los siguientes motivos del recurso.

»Segundo.- Interés Casacional por el desconocimiento, o inaplicación, de la Sentencia recurrida, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo el PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO la posible infracción, inaplicación o indebida aplicación, por la Sentencia impugnada de los artículos 78.bis.1 (obligación de clasificación de los clientes), 79 (obligación de diligencia y transparencia) y 79 bis, puntos 1 a 6 (obligación de información), de la Ley del Mercado de Valores , tras la reforma operada por Ley 47/2007; los artículos 60.1.b-c-d y 60.5 (a los efectos del artículo 79.bis.2 LMV), 61.1 (de conformidad a los artículos 78.bis y 78 .ter de la LMV), 62.1 y 2 (documentación e información por anticipado), 64.1 y 2 (información sobre instrumentos financieros), 66.a (información sobre costes y gastos), 72 (evaluación de la idoneidad) y 73 (evaluación de la conveniencia) del R.D. 217/2008; y los artículos 5.1 y 5 (requisitos incorporación condiciones generales), 7 (no incorporación de las condiciones generales) y 8.1 y 2 (nulidad de las condiciones generales) de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); normativa, toda ella, de obligada consideración en orden a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda en relación con el artículo 6.3 del Código Civil que estable la nulidad radical de los contratos por infracción normativa.

»Tercero.- Subsidiariamente al motivo segundo.

»Interés Casacional por el desconocimiento, o inaplicación, de la sentencia recurrida, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo el PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO la posible infracción, inaplicación o indebida aplicación, por la sentencia impugnada, en orden a la responsabilidad de la entidad demandada para con sus clientes, de los artículos el 78.bis.1 (obligación de clasificación de los clientes), 79 (obligación de diligencia y transparencia) y 79 bis, puntos 1 a 6 (obligación de información), de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por Ley 47/2007; los artículos 60.1.b-c-d y 60.5 (a los efectos del artículo 79.bis.2 LMV), 61.1 (de conformidad a los artículos 78.bis y 78 .ter de la LMV), 62.1 y 2 (documentación e información por anticipado), 64.1 y 2 (información sobre instrumentos financieros), 66.a (información sobre costes y gastos), 72 (evaluación de la idoneidad) y 73 (evaluación de la conveniencia) del R.D. 217/2008; y los artículos 5.1 y 5 (requisitos incorporación condiciones generales), 7 (no incorporación de las condiciones generales) y 8.1 y 2 (nulidad de las condiciones generales) de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la



Contratación (LCGC); normativa, toda ella, de obligada consideración en orden a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda en relación con los artículos 1.261. 1.262. 1.265. 1.266 1.269 1.270 , 1.300 y 1.301 del Código Civil , relativos a la nulidad y anulabilidad de los contratos por vicio en el consentimiento, por error del cliente o dolo de la entidad financiera.

»Cuarto.- Subsidiariamente al motivo tercero.

»Interés Casacional por el desconocimiento, o inaplicación, de la Sentencia recurrida, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo el PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO la posible infracción, inaplicación o indebida aplicación, por la Sentencia impugnada, de los artículos 78.bis.1 (obligación de clasificación de los clientes), 79 (obligación de diligencia y transparencia) y 79 bis, puntos 1 a 6 (obligación de información), de la Ley del Mercado de Valores , tras la reforma operada por Ley 47/2007; los artículos 60.1.b-c-d y 60.5 (a los efectos del artículo 79.bis.2 LMV), 61.1 (de conformidad a los artículos 78.bis y 78 .ter de la LMV), 62.1 y 2 (documentación e información por anticipado), 64.1 y 2 (información sobre instrumentos financieros), 66.a (información sobre costes y gastos), 72 (evaluación de la idoneidad) y 73 (evaluación de la conveniencia) del R.D. 217/2008; y los artículos 5.1 y 5 (requisitos incorporación condiciones generales), 7 (no incorporación de las condiciones generales) y 8.1 y 2 (nulidad de las condiciones generales) de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); normativa toda ella de obligada consideración en orden a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda en relación con los artículos 1.100 , 1.101 , 1.124 , 1.256 y 1.258 del Código Civil , relativos a la responsabilidad civil de la entidad demandada por el incumplimiento contractual de sus deberes legales que puede llevar aparejada la posibilidad de resolver el contrato y solicitar una indemnización por los daños ocasionados al cliente.

»Quinto.- Interés casacional por la existencia notoria de jurisprudencia contradictoria entre las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Huelva sobre todos los problemas jurídicos planteados en este recurso de casación en relación con los contratos de permuta financiera: EXCEPCIÓN DE NOTORIEDAD».

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

«1.º) Admitir los motivos primero, tercero, cuarto y quinto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Estación de Servicios Platero S.A., contra la sentencia dictada, el día 30 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 630/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 259/2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Moguer.

»2.º) No admitir el motivo segundo del recurso».

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 16 de abril de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de mayo de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

Son antecedentes de hecho necesarios para la resolución del presente recurso, tal y como han quedado acreditados en la instancia, los siguientes.

1.- Platero S.A. (Estación de servicio) interpuso demanda contra el Banco Santander S.A. en la que alegó que, con ocasión de las firmas de dos escrituras de préstamos hipotecarios con la demandada en fechas de 22 de febrero y 19 de septiembre de 2008, contrataron también en la misma notaría unos productos swaps flotantes bonificados que la entidad demandada indicó era un anexo al préstamo a cuya suscripción condicionaba su otorgamiento. La demandante alegó falta de información sobre la verdadera naturaleza y los riesgos de los productos contratados, que se ofrecían como una cobertura frente a las variaciones de los tipos de interés, cuando lo cierto es que, tras unas liquidaciones positivas entre mayo y febrero de 2009, acabaron generando cuantiosas liquidaciones negativas que llevaron a la demandante, ante el elevado coste de cancelación de los productos solicitado por la demandada y la falta de liquidez para hacer frente a las liquidaciones que se le seguían girando, a abrir una cuenta de crédito con la entidad demandada con la finalidad de hacer frente a las mismas.



En la demanda, Platero solicitó la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras y de las dos confirmaciones de permutas financieras contratadas, la subsidiaria declaración de nulidad por vicio del consentimiento, con restitución recíproca de las prestaciones y, para el caso de que no se estimara la nulidad, que se declarara el incumplimiento de la demandada, la resolución del contrato e indemnización de daños.

La demandada se opuso alegando el cumplimiento de la normativa reguladora de los productos derivados financieros, la debida información al suscriptor, la fijación concreta y previamente negociada-consentida de los términos del contrato, así como la naturaleza aleatoria de la esencia misma del producto, por lo que no eran repercutibles a la entidad bancaria las consecuencias o liquidaciones negativas asumidas por el contratante, previamente informado y conocedor del funcionamiento variable del producto financiero.

2.- La sentencia del Juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos litigiosos con retroacción de efectos, restitución de prestaciones y abono de intereses desde la interposición de la demanda.

El Juzgado razonó que la demandante era cliente minorista, no profesional de acuerdo con el art. 78 LMV y el administrador solo tenía el título de bachiller, por lo que nacían a cargo de la demandada una serie de obligaciones de información y asesoramiento al cliente; que, en el caso, el estudio previo de las condiciones del cliente se justificaría por la demandada únicamente por la realización de un test con una redacción genérica e imprecisa que, según el representante de la demandante, contenía errores y fue rellenado por la directora de la entidad en la misma notaría cuando se firmaron los préstamos hipotecarios. Partiendo de esta premisa, la sentencia tuvo en cuenta que no se aportó ninguna documental sobre la información proporcionada, que los empleados de la entidad demandada no concretaron en su declaración la información exacta que se proporcionó al cliente, declararon que contaba con asesoría financiera externa cuando solo contaba con dos administrativos y con una asesoría laboral, fiscal y contable, pero no financiera, y consideró viciado el consentimiento de la parte demandante. Valoró igualmente la imprecisión de la información sobre el coste de cancelación de los productos y consideró que la parte demandante no fue consciente de la realidad del riesgo dimanante del contrato hasta que no recibió varias liquidaciones negativas.

3.- Interpuesto recurso de apelación por el banco, la Audiencia Provincial lo estimó, revocó la sentencia y desestimó la demanda. En síntesis, la sentencia razonó: i) que al igual que había dicho la misma Audiencia en ocasiones anteriores, el contrato de permuta financiera en el que se compara un tipo fijo con otro variable es de un funcionamiento simple en el que el cliente, sobre un nominal que no desembolsa, se arriesga; ii) que en el caso, se trata de una sociedad anónima cuyo representante tienen muchos años de experiencia, un volumen elevado de negocio, que no realizó uno sino dos swaps; iii) que no se puede apreciar error dado el simple mecanismo de lo que se contrataba, «un intercambio de tipos de interés entre el cliente y el banco en el que aquel recibe trimestralmente el euribor a tres meses fijado al inicio de cada período trimestral, a cambio de pagar trimestralmente el euribor 3M menos un diferencial con un máximo igual al tipo del cap menos el diferencial, salvo que el euribor a 3M sea inferior al tipo barrera, en cuyo caso pagará un tipo fijo»; iv) que según la directora de la oficina del banco se le dio información (primero por correo, hubo varias reuniones, se hizo un test de conveniencia); v) que en el anexo de los contratos hay información en la que de manera sencilla y entendible se describen tres escenarios, por lo que no es creíble que un empresario con su experiencia como administrador de sociedades durante años no entendiera la esencia del producto; vi) del conjunto de la prueba se deduce que la actora, a través de interviniente en su nombre, conocía, o en todo caso no podía ignorar, lo que contrataba; vii) es fácil de comprender la finalidad del producto, su causa es lícita y el error debe ser esencial para declarar la nulidad contractual, por lo que el error alegado, que la parte demandante proyecta sobre el formulario del test de conveniencia, sobre la información suministrada, sobre su formación, no es causa de nulidad.

SEGUNDO.- *Recurso de casación*

Platero interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional y por los motivos que aparecen recogidos en los antecedentes de esta sentencia.

El banco se opone al recurso alegando causas de inadmisión y de desestimación y solicita la confirmación de la sentencia recurrida. Argumenta que no concurre interés casacional, que el recurso no respeta la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida ni los hechos probados y adolece de manifiesta falta de fundamento. También defiende que informó a la recurrente con antelación a la contratación de forma clara y suficiente acerca de las características y riesgos del contrato, entregándole copia del mismo y que cumplió el contrato, ya que practicó las correspondientes liquidaciones.

TERCERO.- *Decisión de la sala*



1.- Debemos rechazar, en primer lugar, los óbices de admisibilidad invocados por la demandada ahora recurrida pues, como recuerda la sentencia 184/2018, de 5 de abril, esta sala tiene establecido que la exigencia de decisión expresa en la sentencia sobre las causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por el recurrido en su escrito de oposición debe entenderse circunscrita a lo que se consideran causas de inadmisión absolutas, como son las de no reunir la resolución de que se trate los requisitos establecidos para ser recurrible, falta de postulación, interposición de los recursos fuera de plazo, falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión, falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el art. 449 LEC e inexistencia de gravamen, sin que deban ser consideradas ahora aquéllas que afectan al fondo de la cuestión planteada.

Las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca de si la demandante conocía o pudo conocer los riesgos de lo que contrataba no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica (sentencias 331/2016, de 19 de mayo , y 731/2016, de 20 de diciembre) y, por tanto, pueden ser atacadas por la vía del recurso de casación.

2.- Los motivos primero y tercero del recurso de casación se estiman.

En el caso, las razones de la decisión adoptada por la sentencia recurrida se basan en una valoración jurídica de la cuestión que no se ajusta a los criterios que esta sala ha considerado que deben regir en la apreciación del error vicio en la contratación de productos financieros.

Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de swap, y en particular, como es el caso, de contratos posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español (entre otras, sentencias 2/2017, de 10 de enero , 10/2017, de 13 de enero , 131/2017, de 27 de febrero , 179/2017, de 13 de marzo , 243/2017, de 20 de abril , 244/2017, de 20 de abril , y 425/2017, de 6 de julio), la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable.

En el caso, la sentencia recurrida no declara expresamente que se proporcionara información precontractual pero considera que la demandante conocía, o no podía ignorar, lo que contrataba. Los hechos de los que parte la sentencia recurrida no determinan el cumplimiento por la entidad financiera de sus deberes legales de información. Lo único que demuestran es que el producto fue suscrito sin que la entidad financiera hiciera, con la debida antelación, un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales de la cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su situación económica y perfil inversor, y sin que tampoco ofreciera una información comprensible y adecuada, con la misma debida antelación y más allá de una «mera ilustración sobre lo obvio», sobre las características del producto y sobre los concretos riesgos que podía comportar su contratación, incluyendo el coste de cancelación.

Como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo (con cita de otras también muy recientes):

«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 (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, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, así como sobre el coste de cancelación. Es decir, "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" (entre las más recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero , y 149/2017, de 2 de marzo)».

En efecto, constantemente viene declarando la jurisprudencia que la obligación informativa del banco es activa, no de mera disponibilidad, que ha de ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato y que no puede suponer una mera información sobre lo obvio.

En este caso, la sentencia no considera probado que se proporcionara previa información precontractual, pero considera que el producto era fácil de comprender a la vista de su mecánica y de que el anexo al contrato contuviera tres escenarios. De modo que no ha quedado acreditado que el banco informara a la cliente con carácter previo a la contratación del primer swap sobre las características del mismo, y en particular sobre los específicos riesgos que llevaba asociado, como la posibilidad de que se generasen importantes pérdidas



patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos de interés o la necesidad de afrontar un importante coste en caso de cancelación anticipada. La omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) tampoco fue paliada por el contenido contractual, pues la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril). En el caso, solo cuando se reiteraron las liquidaciones negativas y cliente intentó cancelar el producto pudo conocer el riesgo del contrato.

Resultan igualmente contrarias a la jurisprudencia de esta sala las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el perfil de la cliente en atención a los años de experiencia como administrador de su representante y a su volumen de negocio, pues la doctrina jurisprudencial viene reiterando (entre las más recientes, sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero, y 282/2017, de 10 de mayo):

«Que ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del swap [...]; que en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que 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 (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 676/2015, de 30 de noviembre, citadas por las más recientes 7/2017, de 12 de enero, 143/2017, de 1 de marzo, y 163/2017, de 8 de marzo); y en fin, que tampoco la previa celebración de contratos de swap supone que los clientes conocieran los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales (sentencia 7/2017, de 12 de enero)».

En definitiva, ante la ausencia de acreditación de la información previa a la celebración del contrato referida a la naturaleza del swap no pueden prevalecer como argumentos las declaraciones de la empleada de la demandada, la supuesta sencillez de la operación, el volumen de la empresa ni los años como administrador del representante de la actora.

Además, el hecho de que en el caso se contratara un segundo swap meses después del primero tampoco permite concluir que el cliente conociera en ese momento las características del producto, puesto que todavía no se habían empezado a producir liquidaciones negativas del primer contrato ni consta la información que sobre el swap se proporcionó al suscribir el segundo préstamo hipotecario al que se asoció.

3.- La estimación de los motivos primero y tercero hace innecesario el análisis de los demás. En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Costas y depósito

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

De conformidad con el art. 398.1 LEC en relación con su art. 394 procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la disp. adicional 15.ª 8 LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante, Estación de Servicios Platero S.A., contra la sentencia dictada, el día 30 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 630/2014.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.



3.º- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada, Banco Santander S.A., contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Moguer, dimanante del juicio ordinario n.º 259/2012, que se confirma íntegramente.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la parte demandada-apelante, hoy recurrida, las de la segunda instancia.

5.º- Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido.

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