



Roj: **STS 1950/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1950**

Id Cendoj: **28079110012019100310**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2019**

Nº de Recurso: **297/2017**

Nº de Resolución: **334/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2760/2016,**  
**STS 1950/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 334/2019**

Fecha de sentencia: 10/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 297/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. SECCIÓN 5.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 297/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 334/2019**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 10 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Prudencio , representado por el procurador D. Víctor Manuel Roldán López bajo la dirección letrada de D. Fernando Alejandro García López, contra la sentencia dictada en fecha 7 de diciembre de 2016 por la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 10754/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1566/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Sevilla, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., ahora Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Alarcón Dávalos y D.<sup>a</sup> Salud Durán Vargas.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Prudencio interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se declare nulo en virtud de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil el contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") número NUM000 de fecha 19 de febrero de 2007 que se acompaña como documento 3, y se condene a la devolución íntegra de las cantidades abonadas por la actora a la demanda en virtud del susodicho contrato que asciende a SETENTA Y DOS MIL NUEVE CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (72.009,68 €). Todo ello con sus respectivos intereses legales y con expresa condena en costas a la demandada.

"De forma subsidiaria, y únicamente para el caso de que la pretensión formulada anteriormente no fuera estimada, esta parte solicita que se anule el contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") número NUM000 de fecha 19 de febrero de 2007 y se acuerde la devolución por parte del demandado de la cantidad de SETENTA Y DOS MIL NUEVE CON SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (72.009,68 €), cantidad que se entregó en virtud del contrato cuya rescisión se solicita toda vez que el mismo hace referencia a un índice (el Euribor) que, tal y como se ha expuesto en el Fondo E) de los fundamentos de derechos, resulta probada su manipulación siendo por tanto imposible determinar las cantidades que objetivamente debieron entregarse y recibirse en virtud de dicho contrato de permuta financiera".

2.- La demanda fue presentada el 6 de octubre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Sevilla y fue registrada con el n.º 1566/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Banco Popular Español S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda formulada de contrario con expresa imposición de costas al actor.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Sevilla dictó sentencia de fecha 14 de octubre de 2015 , con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda formulada por la entidad D. Prudencio , representado por el procurador D. Víctor Manuel Roldán López, contra Banco Popular Español S.A.:

"-Declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés número NUM000 de fecha 19 de febrero de 2007.

"-Condeno a Banco Popular Español S.A. a restituir al actor la suma de 72.009,68 €, que devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda y el previsto en el artículo 576 LEC desde la presente sentencia.

"-Condeno a la entidad demandada al pago de las costas causadas".

5.- Mediante auto de 10 de diciembre de 2015 y a petición de la parte demandante se despacha ejecución provisional frente a Banco Popular Español.

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 10754/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 7 de diciembre de 2016 , con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la entidad demandada Banco Popular Español S.A. contra la sentencia dictada el día 14 de octubre de 2015, por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Sevilla , en los autos de juicio ordinario n.º 1566/14, de los que dimanaban estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el procurador de los tribunales D. Víctor Manuel Roldán López en nombre y representación de D. Prudencio contra Banco Popular Español S.A. declaramos que no ha lugar a declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes el 19 de febrero de 2007, y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones contra la misma deducidas en la demanda, con expresa imposición a la actora de las costas procesales causadas".

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

1.- D. Prudencio interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , infracción por inaplicación de los artículos 1258 del CC , 79.1.e) de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores , en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre; arts. 2 y 5 del Código General de Conducta en los Mercados de Valores , aprobado por Real Decreto 629/1996 de 3 de mayo, sobre normas de conducta en los mercados de valores, apartado segundo, números 1 y 2 , letras a), b) y c) de la Orden Ministerial de 07 de octubre de 1999, de desarrollo del Código General de Conducta, reguladores de los deberes de información de las entidades financieras respecto de sus clientes; artículos 2.1b ) y d ) , 8 y 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, contraviniendo la amplia doctrina jurisprudencial expresadas en multitud de sentencias del Tribunal Supremo: a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre , 588/2015, de 10 de noviembre , 623/2015, de 24 de noviembre , 675/2015, de 25 de noviembre , 631/2015, de 26 de noviembre , 676/2015, de 30 de noviembre , 670/2015, de 9 de diciembre , 691/2015, de 10 de diciembre , 692/2015, de 10 de diciembre , 742/2015, de 18 de diciembre , 31/2016, de 4 de febrero , 195/2016, de 20 de marzo y 331/2016, de 19 de mayo , entre otras.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC , infracción por inaplicación de los artículos 1265 y 1266, ambos del Código Civil , reguladores del error como vicio del consentimiento de los contratos, así como en ambos casos, infracción del artículo 1303 del mismo cuerpo normativo, sobre restitución de las prestaciones: doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1995 y 10 de abril de 2001 ".

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 13 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA: Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Prudencio contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 7 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 10754/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 1566/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Sevilla".

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 10 de mayo de 2019 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 5 de junio de 2019, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- *Antecedentes*



El presente litigio versa sobre el ejercicio de una acción de nulidad de contrato de "swap" por error en el consentimiento debido al incumplimiento por la entidad financiera de sus deberes de información al cliente. Se reitera la jurisprudencia sobre el alcance de los deberes de información de las entidades financieras y sobre su incidencia en la apreciación del error en el consentimiento, en un caso de contratación de un "swap" por quien no era inversor profesional.

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

1.- El Sr. Prudencio , actuando en nombre y representación de Free Final S.L., y en su propio nombre como avalista, suscribió el 19 de febrero de 2007 con el BANCO DE ANDALUCÍA (actualmente BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.) un contrato de permuta financiera de tipos de interés por un nocional de seiscientos mil euros y vencimiento el 22 de febrero de 2013. Todas las liquidaciones del contrato fueron negativas para el cliente, que pagó en total 72.009,68 euros.

El 6 de octubre de 2014, el Sr. Prudencio ejerció acción de nulidad del contrato contra el BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. con solicitud de restitución de las prestaciones recíprocas, por existir vulneración de la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación, la protectora de los **consumidores** y usuarios, la financiera y bancaria, y la relativa a la existencia y perfección de los contratos. En síntesis, alegaba que se ofreció al demandado la contratación de un "seguro" para un préstamo del cual era avalista, sin que se le explicara la verdadera naturaleza del producto y los riesgos que el mismo entrañaba.

La entidad demandada se opuso a la pretensión alegando: caducidad de la acción de nulidad ejercitada al haber transcurrido el plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC , desde la fecha de formalización del contrato el 19 de febrero de 2007, habiéndose presentado la demanda el 6 de octubre de 2014; que desde el 22 de febrero de 2013 no existe contrato de permuta financiera que vincule a las partes porque venció en dicha fecha; que el demandante tenía suscritos con la entidad demandada varios fondos de inversión, seis seguros y seis préstamos hipotecarios, entre ellos el que servía de cobertura a la permuta financiera; que el demandante tenía conocimientos financieros suficientes para comprender los riesgos del producto contratado; negó la existencia de vicio del consentimiento pues el contrato que firmó el actor nunca se le presentó como un contrato de seguro, el banco le informó adecuadamente de las características del producto y del riesgo a él inherente, apareciendo esa información sobre el riesgo en la condición particular 3ª del contrato; que no es aplicable la normativa MIFID porque el contrato se firmó en febrero de 2007, mientras que esa normativa entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 (ley 47/2007 de 19 de diciembre); también alegó que para invalidar el consentimiento el error ha de ser esencial y excusable, lo que según decía no sucedía en el caso dados los conocimientos financieros del actor.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato de permuta financiera de 19 de febrero de 2007 y condenó a la demandada a restituir las cantidades abonadas. En síntesis, el juzgado razonó: que no había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción porque el "dies a quo" no es el momento de la celebración del contrato sino su consumación entendida como vencimiento, y que el vencimiento no impide el ejercicio de la acción de nulidad; que uno de los supuestos en que cabe apreciar error vicio del consentimiento es cuando la parte obligada legalmente a proporcionar determinada información no la presta o lo hace de modo inadecuado; citó en apoyo de su decisión la jurisprudencia de esta sala, conforme a la cual las entidades financieras deben cumplir estrictos deberes de información no solo a los **consumidores**, sino a los clientes que no tienen conocimientos específicos sobre los productos de inversión, como era el caso; argumentó que dada la facilidad probatoria era la entidad la que debía probar que había proporcionado la información y que en el caso el director de la oficina en la que se contrató el producto se limitó a manifestar "aunque no recordaba este caso concreto, el producto se ofrecía a los clientes que, teniendo concertado un préstamo hipotecario a tipo variable, quisieran quedar protegidos frente a las subidas de los tipos de interés, estableciendo un tipo fijo, refiriéndose también a que en ocasiones eran los clientes los que solicitaban el producto para asegurarse de que los tipos no subieran". Finalmente, el juzgado razonó "que no existe prueba de que el banco informara suficientemente al demandante de todas las características del producto contratado, en especial de sus riesgos, costes de cancelación y desigual proporción de pérdidas para una y otra parte. No consta la entrega de folletos informativos suficientemente explicativos de un producto que es un instrumento financiero, complejo, aleatorio y de riesgo, ni que se llevaran a efecto simulaciones sobre el funcionamiento del producto. Resulta acreditado que se proporcionó una información incompleta al resaltarse que se trataba de una cobertura frente a las fluctuaciones del tipo de interés, sin insistir de forma clara que en el desarrollo del contrato podía generarse una deuda para el cliente de una entidad importante". En consecuencia, concluyó el juzgado, "el error padecido fue de tal entidad que impidió al demandante conocer el verdadero alcance del contrato, sus características, riesgos y finalidad, lo que permite calificar aquel error como esencial. Igualmente puede considerarse invencible dada la complejidad del producto y las incompletas explicaciones facilitadas



por el banco. A tal efecto es irrelevante si el disponía o no de mejor información que el cliente sobre la previsible evolución de los tipos de interés puesto que no se está enjuiciando si la entidad demandada actuó de forma dolosa al ofrecer el producto, sino que el fundamento de la acción de nulidad ejercitada está en el error generado por una defectuosa e insuficiente información. Dice la STS de 15 de septiembre de 2015 que mientras el demandante, al tiempo de concertar los swaps, se hubiera podido representar correctamente el carácter aleatorio del contrato y la entidad de los riesgos asumidos, la eventual representación equivocada de cuál sería el resultado como consecuencia de la evolución futura de los tipos de interés no tendría la consideración de error".

**3.-** La entidad demandada interpuso recurso de apelación, fundado en la caducidad de la acción y, en segundo lugar, en la validez del contrato, insistiendo en que no hay error en el consentimiento prestado por el actor.

La Audiencia rechazó la caducidad de la acción, pero consideró que no procedía declarar la nulidad del contrato al no apreciar error en el consentimiento prestado por el actor. En consecuencia, estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda. Las razones de la Audiencia fueron las siguientes: el actor abonó todas las liquidaciones anuales que le presentó el banco, era un empresario administrador de la sociedad y habitual suscriptor de diversas modalidades bancarias; en el propio contrato constaba información sobre los riesgos del producto; el contrato de permuta financiera tenía su razón de ser en la existencia de un préstamo hipotecario concertado meses antes y referenciado a euribor y tenía el objetivo de buscar una protección frente a las fluctuaciones de los tipos de interés; en la condición particular tercera del contrato se informaba con claridad y de forma destacada de los riesgos del contrato; la cláusula era clara para cualquier persona de mediana formación por lo que cualquier persona con capacidad media puede entender que no está firmando un seguro, pues ya desde el nombre del contrato (permuta de tipo de interés) se ve que ni es un seguro ni una garantía; que cada parte vela por sus intereses y ninguna persona que contrata con una entidad de crédito puede entender que esta actúa de forma altruista o gratuita sino que busca su propio beneficio: en el caso el contrato conllevaba un riesgo pues ante determinadas circunstancias el coste soportado sería superior a la alternativa de concluir la operación y no obstante el cliente la suscribió. Reitera que el propio contrato informaba de manera clara los riesgos y que si tenía alguna duda estaba capacitado para solicitar explicaciones y disipar sus dudas, por lo que en cualquier caso el error no sería invencible.

El demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional. Solicita que, con estimación del recurso, se confirme la sentencia de primera instancia, por la que se declaró la nulidad del contrato y la restitución de las cantidades abonadas.

El banco se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

#### **SEGUNDO.-** *Decisión de la sala*

Debemos dar respuesta en primer lugar a las causas de inadmisibilidad planteadas por la parte recurrida, que denuncia que el recurso no se estructura en un motivo para cada norma, ni se especifica en el encabezamiento la infracción denunciada, no existe interés casacional y se limita a alterar la base fáctica y lograr la revisión del análisis de la prueba practicada en la instancia y no se razona cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia.

Debemos rechazar estos óbices de inadmisibilidad. La doctrina de esta sala que distingue entre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad fue fijada en auto de pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012) y ha sido asumida también en sentencias posteriores como las 351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, 577/2015, de 5 de noviembre, 188/2016, de 18 de marzo, 331/2016, de 19 de mayo, 667/2016, de 14 de noviembre, 579/2016, de 30 de septiembre, 727/2016, de 19 de diciembre, y 2/2017, de 10 de enero, entre otras. Según esta doctrina, puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso, que en este caso se centran, sustancialmente, en la valoración jurídica de si hubo un error vicio del consentimiento que deba dar lugar a la declaración de nulidad del contrato y restitución de las prestaciones ( arts. 1265, 1266 y 1303 CC, cuya infracción se denuncia en el segundo motivo) como consecuencia del incumplimiento por parte de la entidad demandada de sus deberes de información que le impone la normativa aplicable (cuya infracción se denuncia en el primer motivo).

Dada la íntima conexión entre los dos motivos del recurso procede analizarlos conjuntamente y, por las razones que se explican a continuación, se estiman.

1.ª) 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, incluso, como es el caso, de contratos anteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, 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.

2.ª) En el caso, la sentencia recurrida no declara expresamente que se proporcionara información precontractual, sino solo la contenida en el propio contrato, y considera que el contenido del contrato era comprensible para "cualquier persona de mediana formación", con una "capacidad media". También razona que "ninguna persona que contrata con una entidad de crédito puede entender que esta actúa de forma altruista o gratuita", que el actor era habitual suscriptor de productos bancarios y que pagó las liquidaciones sin formular objeción. A partir de allí deduce que al contratar conocía las características del contrato.

3.ª) 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. Y ante la realidad de tales incumplimientos no cabe oponer que el propio contenido del contrato de *swap* suplía la falta de información (argumento nuclear de la sentencia recurrida que revela el interés casacional del presente recurso), pues como recuerda la sentencia 282/2017, de 10 de mayo :

"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, no se ha acreditado ninguna información precontractual, de modo que no consta que el banco informara al cliente con carácter previo a la contratación del *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 en la cancelación anticipada "el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera" 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 ).

Resultan igualmente contrarias a la jurisprudencia de esta sala las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el perfil del demandante en atención a que era "habitual suscriptor de diversas modalidades de contratación bancaria, como productos financieros, fondos de inversión y seguros", pues la doctrina jurisprudencial viene reiterando ( 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 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.

#### **TERCERO.- 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 D. Prudencio contra la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2016 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación 10754/2015 .

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

3.º- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por Banco Popular Español S.A. contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Sevilla , 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.