



Roj: **STS 3236/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3236**

Id Cendoj: **28079110012020100504**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2020**

Nº de Recurso: **1933/2018**

Nº de Resolución: **526/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1416/2018,**
STS 3236/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 526/2020

Fecha de sentencia: 14/10/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1933/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SEVILLA, SECCIÓN 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1933/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 526/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 14 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Promotora Roque, S.L., representada por la procuradora D.^a María del Carmen Hodarza Ugedo, bajo la dirección letrada de D. Rafael Manuel Carrellán García, contra la sentencia dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación n.º 557/17, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 134/2015, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Dos Hermanas (Sevilla), sobre contrato de permuta financiera (SWAP). Ha sido parte recurrida Banco Santander, S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Pablo Gutiérrez-Alviz Velasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Roberto Hurtado Muñoz, en nombre y representación de Promotora Roque, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

"1.- Declare la nulidad, absoluta o de pleno derecho, o relativa a anulabilidad, de los siguientes contratos suscritos entre las partes:

"1) Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap bonificado reversible media"), de 26/04/2007.

"2) Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap flotante bonificado"), de 04/04/2008.

"3) Contrato de permuta financiera de tipos de interés ("Swap tipo fijo escalonado"), de 19/06/2009.

"2.- Condene a Banco Santander S.A., con motivo de la nulidad de los tres contratos, a reintegrar a Promotora Roque, S.L. la cantidad de cuarenta mil cuatrocientos setenta y cuatro euros con veintiún céntimos (40.474,21 €), con sus intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

"3.- Subsidiariamente a todo anterior, declare la responsabilidad contractual, por incumplimiento de obligaciones, de Banco Santander S.A., en los tres contratos anteriormente señalados, y condene a la entidad bancaria a indemnizar a Promotora Roque, S.L. con la cantidad de cuarenta mil cuatrocientos setenta y cuatro euros con veintiún céntimos (40.474,21 €), con sus intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

"4.- En todo caso, condene a la entidad financiera al pago de las costas causadas, con expresa imposición".

2.- La demanda fue presentada el 19 de febrero de 2015, y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Dos Hermanas, se registró con el n.º 134/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones deducidas de contrario, absolviendo en todo caso a mi mandante de todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Dos Hermanas, dictó sentencia de fecha 1 de julio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"DECLARO la nulidad de los siguientes contratos celebrados entre las partes: primero, del contrato de permuta financiera (SWAP) celebrado en fecha 26 de abril de 2007; segundo, del contrato de permuta financiera (SWAP) celebrado en fecha 4 de abril de 2008; y, tercero, del contrato de permuta financiera (SWAP) celebrado en fecha 19 de junio de 2009, con condena a la entidad BANCO SANTANDER S.A. al reintegro a la entidad PROMOTORA ROQUE S.L. de la cantidad de CUARENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS (40.474,21.-€), con intereses legales con los intereses del fundamento cuarto de esta resolución.

"Se imponen las costas a la parte demandada, con la excepción de lo dispuesto en el fundamento quinto".

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 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 557/17, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Gerardo Martínez Ortiz de la Tabla, en nombre y representación de la entidad Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Dos Hermanas, con fecha 1 de Julio de 2016 en el Juicio Ordinario nº 134/15, la debemos revocar y revocamos parcialmente y, en su lugar, con desestimación de la demanda, debemos absolver y absolvemos a la entidad demandada de los pedimentos formulados en su contra, con imposición de las costas de primera instancia a la entidad actora, confirmándola en los demás pronunciamientos que no se opongan a la presente, y sin hacer declaración sobre las de esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.- El procurador D. Roberto Hurtado Muñoz, en representación de Promotora Roque, S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1, 2º LEC). Incongruencia "infra petita" (art. 218.1 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo.- Infracción del artículo 1.301 Código Civil. Inicio del cómputo de la caducidad de la acción de anulabilidad de los contratos. Oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la consumación del contrato de permuta financiera de tipos de interés.

"Segundo motivo.- Infracción de los artículos 79 y 79 bis Ley Mercado de Valores. Incumplimiento de deberes de información. Oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo".

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 17 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Promotora Roque, SL contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2018 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, en el recurso de apelación n.º 557/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 134/2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Dos Hermanas.

"2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

"De conformidad con lo dispuesto en los arts. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 14 de septiembre de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos resolutorios de este recurso partimos de los siguientes hechos relevantes.

1.- Objeto del proceso

Es objeto del presente proceso la demanda interpuesta, el 19 de febrero de 2015, por la entidad Promotora Roque, S.L., contra el Banco de Santander, S.A., en ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, y subsidiaria de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación contractual de información, en relación con los contratos siguientes:



(i) Swap bonificado reversible media de 26 de abril de 2007 y vencimiento 7 de mayo de 2009, sobre un nominal de 300.000 euros, con respecto al cual se llevaron a efecto, entre el 7 de mayo de 2007 al 7 de febrero de 2008, tres liquidaciones positivas a favor de la demandante de 3.309,70 euros, 3519,00 euros y 3527,43 euros, respectivamente. Por iniciativa del Banco fue cancelado el 4 de abril de 2008, con un cargo para la actora de 11.301,92 euros. El resultado neto de esta permuta fue negativo para el cliente en 945,79 euros.

(ii) Swap flotante bonificado de 4 de abril de 2008, vencimiento 7 de abril de 2011, sobre un nominal de 315.000 euros. En esta ocasión, entre el 7 de abril de 2008 al 7 de abril de 2009, se llevaron a efecto las liquidaciones trimestrales siguientes: de 119,44 euros, 120,75 euros, 120,74 euros, positivas para la actora, y la última negativa de 1400,17 euros. Fue cancelado anticipadamente, el 19 de junio de 2009, por lo que tuvo que abonar la entidad demandante la suma 3805,61 euros. El resultado neto de esta permuta fue negativo para el cliente en 4.844,85 euros.

(iii) Swap tipo fijo escalonado de 19 de junio de 2009 y vencimiento 24 de junio de 2013, con tipo fijo de revisión anual al alza de 2,90%, 4,11%, 4,57% y 4,90%. Durante su vigencia, desde el 22 de junio de 2009 al 22 de diciembre de 2010, se arrojaron las siguientes liquidaciones negativas para la demandante de 1340,32 euros, 1702,39 euros, 1724,62 euros, 1816,88 euros, 2719,29 euros y 2575,07 euros. Fue cancelado anticipadamente el 23 de febrero de 2011, con un coste para la demandante de 22.805 euros. Las pérdidas sufridas con dicho producto financiero ascendieron a 34.683,57 euros.

En el suplico de la demanda se solicitó la nulidad, por error en el consentimiento, de los precitados contratos, con condena al banco a devolver a la entidad actora la suma de 40.474,21 euros, con sus intereses legales desde la fecha del emplazamiento, y, subsidiariamente, se postuló idéntica condena, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, derivada de la responsabilidad civil en que incurrió la demandada por incumplimiento de las obligaciones de información.

La entidad financiera demandada se opuso a la pretensión ejercitada de contrario. Alegó, en síntesis, la caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento (art. 1301 del CC), y negó el incumplimiento del deber de información, toda vez que: (i) en todo momento se explicó a la actora el funcionamiento del producto con total claridad, (ii) los riesgos inherentes a los productos constan expresamente en los contratos suscritos, por lo que no pueden alegar su desconocimiento y (iii) la demandante canceló el primer swap aceptando expresamente el coste de cancelación, pagó liquidaciones negativas del segundo de los swaps y lo canceló aceptando expresamente el coste de cancelación, y pagó 6 liquidaciones negativas del tercer swap y aceptó, también, su coste de cancelación, con lo que sus actos propios son demoleedores.

Se sostuvo igualmente que el banco cumplió con la normativa de transparencia vigente en cada momento y realizó a la actora el test de conveniencia y de idoneidad, que fueron debidamente firmados. Por otra parte, la relación que unía a las partes no era de asesoramiento financiero y el perfil del administrador de la actora es el de un empresario de primer nivel, con una dilatada experiencia profesional, especialmente en el ámbito financiero e inmobiliario.

El banco, se afirmó, no hizo otra cosa que ofrecer a la actora la posibilidad de suscribir un producto de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés, tal y como estaba legalmente obligada, conforme a la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

En definitiva, solicitó la desestimación de la demanda.

2.- La sentencia de primera instancia

Seguido el correspondiente procedimiento de juicio ordinario, bajo el número 134/2015, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Dos Hermanas, se dictó sentencia estimatoria de la demanda, en la que se rechazó la excepción de caducidad esgrimida, con los siguientes argumentos:

"Los tres contratos cuya eficacia se impugna se sucedieron entre las mismas partes, sustituyéndose uno al otro, sobre el mismo objeto, con la misma finalidad, por tanto, como una unidad negocial. La consumación del contrato y el agotamiento de sus efectos no debe fijarse antes de que el actor conociera la última de las liquidaciones, en concreto, el coste de cancelación del último contrato, el 23 de febrero de 2011, momento en el que se desvaneció, o pudo y debió desvanecerse, el error provocado por la entidad bancaria bajo el que estuvo el cliente durante todo el iter contractual, desde que se le ofreció y contrató el primero de ellos, hasta que tuvo que cancelar el último ante lo ruinoso de sus efectos para él. Interpuesta la demanda el 19 de febrero de 2015, el plazo de cuatro años no expiró".



Tras analizar el perfil del actor y las pruebas practicadas, concluyó el referido Juzgado que concurría error en el consentimiento contractual, por lo que estima la acción principal, anula los tres contratos suscritos, y condena a la demandada al reintegro de 40.474,21 euros, más los correspondientes intereses legales.

Los argumentos del juzgado se centraron, a los efectos de la apreciación del error, en que el legal representante de la actora es una persona con exclusiva preparación en el sector profesional en el que ha desarrollado su trabajo durante toda su vida, cual es el sector de la construcción, pero con una formación académica muy primaria (leer y escribir, sumar y restar, según declaró), en cuya sociedad no contaba con asesores financieros, de manera que la empresa sólo era él y los albañiles contratados, así como que confiaba en la seriedad del banco que le ofertó los contratos suscritos. El juzgado continuó su argumentación sosteniendo:

"Se han aportado los test de idoneidad, de conveniencia, así como el cuestionario MIFID, pero el mero hecho de que estos cuestionarios hayan sido formalmente firmados por el cliente y rellenados por el director de la oficina bancaria, como ha quedado probado por el interrogatorio del actor, no prueban que se haya explicado el funcionamiento del producto de forma comprensible al cliente, que se hayan expuesto los distintos escenarios del mismo con una previsión de evolución del euribor. Tampoco en el contrato ni su anexo no explican de forma entendible para un no experto el funcionamiento del producto, es de difícil comprensión, por lo que la firma de estos documentos no es suficiente cumplimiento de la obligación de información que pesa sobre la entidad financiera.

"Que la confianza en el director del banco era la guía del actor, es una conclusión que también se extrae, y refuerza con ello la veracidad de las explicaciones dadas por éste en el interrogatorio, frente a las explicaciones ofrecidas por el director de la oficina, de la contratación sucesiva de los tres contratos impugnados: primero, se contrata un swap con unas condiciones tal que van arrojando liquidaciones positivas en el cliente (docs. 3 y 4 de la demanda) de más de tres mil euros, por lo que no se entiende, si no es por la ciega confianza que el actor tenía en "su" banco, el motivo de la cancelación y sustitución por otro producto, que origina una liquidación negativa para el cliente que prácticamente neutraliza las anteriores liquidaciones positivas (11.301,92 euros), y por qué se contrata otro producto swap con peores condiciones para él, que comienzan con tres liquidaciones positivas de apenas 120 euros y una negativa de mil cuatrocientos (doc. 6 de la demanda) y se vuelve a cancelar con liquidación negativa de 3.805,61 euros. Encontrándose con un panorama negativo y en plena crisis económica, se le ofrece otro producto que finalmente se canceló el 23 de febrero de 2011 (doc. 7 y 9).

"Queda probado que el actor, asesorado por el director del banco y confiando en su consejo, sin recibir una información suficiente de forma comprensible sobre los riesgos y el funcionamiento de ese producto financiero especulativo y complejo, contrató los tres productos que le han irrogado los perjuicios que ahora reclama".

3.- La sentencia de segunda instancia

Contra dicha resolución se interpuso por la demandada recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que estimó el referido recurso, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

En su fundamentación jurídica, el tribunal provincial, en contra del criterio del Juzgado, consideró que sí concurría la excepción de caducidad opuesta por la entidad bancaria recurrente, lo que fundamentó, en síntesis, de la manera siguiente.

En primer lugar, rechazó que nos encontráramos ante un caso de unidad negocial, sino ante un supuesto diferente en que las partes trabaron tres relaciones contractuales distintas; por lo que no es posible tener en cuenta, en orden a resolver el recurso, la fecha en que se produce la cancelación del tercer contrato, con efecto respecto de los dos anteriores; por el contrario, habrá que analizar, de forma individualizada, si cada uno de ellos ha caducado.

En relación con el primer contrato de swap, formalizado el 26 de abril de 2007, se razonó que se practicaron tres liquidaciones trimestrales positivas, y se canceló anticipadamente el 4 de abril de 2008, por lo que la actora tuvo que abonar la suma de 11.301,92 euros. En consecuencia, a la fecha de interposición de la demanda, el 19 de febrero de 2015, había transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC.

El segundo contrato, se formalizó el 4 de abril de 2008. Las tres primeras liquidaciones fueron positivas, y la cuarta fue negativa, por importe de 1.400,17 euros. Se canceló el 19 de junio de 2009, y por ello la actora tuvo que abonar la suma de 3.805,61 euros. Considera que la acción también está caducada en relación con este contrato, al tomar como *dies a quo* para el cómputo del plazo la fecha de la primera liquidación negativa o, como mucho, cuando se produce la liquidación final.



Y, por lo que respecta al tercer y último contrato, entiende igualmente la Audiencia que la acción estaba caducada aun cuando se canceló el 23 de febrero de 2011, porque toma como día inicial del cómputo del plazo de caducidad el 29 de septiembre de 2009, fecha de la primera liquidación negativa.

En cualquier caso, se señala, tampoco podría prosperar la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, dada la propia experiencia de la actora, derivada del resultado de los dos primeros contratos; el primero, cancelado con un coste para el actor y, el segundo, con una cuarta liquidación trimestral negativa, al margen de la cancelación final, circunstancias que conducen al tribunal a argumentar que una diligencia media habitual y normal, permite deducir, sin la menor duda que estamos ante productos de alto riesgo, con evidentes consecuencias negativas, de modo que no se puede sostener que tuvo un conocimiento equivocado o erróneo sobre el producto que contrataba. En consecuencia, concluye la Audiencia, "ha de rechazarse la pretensión de la actora respecto del tercer contrato, tanto por entender caducada la acción ejercitada, como por entender que no ha existido error en el consentimiento".

4.- Los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación interpuestos

Contra dicha resolución se interpuso por la entidad demandante los precitados recursos.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un único motivo, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 218.1 LEC, al haber incurrido la sentencia de la Audiencia en incongruencia *infra petita*, al no haberse pronunciado sobre la acción subsidiaria de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual interpuesta.

El recurso de casación se articula en dos motivos.

En el motivo primero, se cita como norma infringida el art. 1301 del CC. Se justifica el interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el cómputo del día inicial del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento en relación con los contratos de swap. Cita la sentencia del Pleno de esta Sala 89/2018, de 19 de febrero. Considera que se infringe dicha doctrina, al entender caducado el tercer contrato de swap tipo fijo escalonado, de 19 de junio de 2009, que fue cancelado anticipadamente el 23 de febrero de 2011, por lo que no habían transcurrido cuatro años cuando se interpone la demanda el 19 de febrero de 2015.

En el motivo segundo, se cita como normas infringidas los arts. 79 y 79 bis LMV. Se justifica, en este caso, el interés casacional en la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, relativa al incumplimiento de los deberes de información de las entidades bancarias, en relación con la comercialización de este tipo de productos complejos, representada por las sentencias de la Sala 491/2017, del Pleno, de 13 de septiembre; 379/2015, de 7 de julio; 754/2014, de 30 de diciembre y 397/2015, de 13 de julio.

Se considera infringida esta doctrina por la sentencia recurrida, en relación con los dos primeros contratos, el swap bonificado reversible media de 26 de abril de 2007 y el swap flotante bonificado de 4 de abril de 2008, en la medida en que, una vez declarada la caducidad de la acción principal de anulabilidad por error en el consentimiento, debería la Audiencia haber analizado la de responsabilidad por incumplimiento contractual por infracción de los deberes de información subsidiariamente ejercitada.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Análisis del recurso extraordinario por infracción procesal. Incongruencia omisiva, por no haberse resuelto la pretensión subsidiaria de la demanda*

El recurso extraordinario por infracción procesal debe prosperar, al haberse infringido el art. 218.1 de la LEC. Para ello, es necesario destacar previamente que se ha cumplido el requisito de haber instado la subsanación de la omisión producida, mediante la oportuna solicitud de complemento de la sentencia de la Audiencia, por la vía del art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias 538/2014, de 30 de septiembre; 141/2016, de 9 de marzo; 368/2016, de 3 de junio; 598/2019, de 7 de noviembre y 306/2020, de 16 de junio, entre otras muchas).

La congruencia exige la necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 698/2017, de 21 de diciembre; 233/2019, de 23 de abril; 640/2019, de 26 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero y 313/2020, de 17 de junio, entre otras), de manera tal que la sentencia sea la respuesta que dan los juzgadores a las pretensiones introducidas por el actor en el escrito rector del proceso, conjuntamente con las que merecen las excepciones y resistencias opuestas por el demandado.

Una sentencia es pues incongruente, como ha recordado reiteradamente esta Sala (por todas las sentencias 604/2019, de 12 de noviembre; 31/2020, de 21 de enero o 267/2020, de 9 de junio), si concede más de lo pedido (*ultra petita*), se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes



(extra petita), se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida; por el contrario, es perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitem*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por el demandado.

Pues bien, en el caso presente, la sentencia de la Audiencia ha incurrido en incongruencia omisiva, al no haberse pronunciado sobre la petición subsidiaria de la demanda, relativa a la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del deber precontractual de informar. En efecto, la Audiencia sólo entra a analizar la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, para estimarla, revocar la sentencia del Juzgado y rechazar la demanda; pero, con ello, dejó de analizar aquella otra pretensión deducida por la entidad actora que, de esta forma, quedó imprejuzgada.

Es jurisprudencia reiterada de esta sala la que sostiene que, cuando en la sentencia de primera instancia se ha estimado una pretensión y no se han examinado las demás igualmente ejercitadas, apelada por el demandado y estimada la apelación, el tribunal de segunda instancia debe entrar a conocer de las otras pretensiones no resueltas por la sentencia de primera instancia; todo ello sin necesidad de que la parte que las formuló, el demandante, apele o impugne a su vez la sentencia del juzgado para sostenerlas de forma expresa en la segunda instancia, y sin necesidad tampoco de plantear la cuestión en la oposición al recurso, pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia (sentencias 87/2009, de 19 de febrero; 432/2010, de 29 de julio; 370/2011, de 9 de junio; 977/2011, de 12 de enero; 532/2013, de 19 de septiembre y 331/2016, de 19 de mayo entre otras, lo que es conforme también con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 4/1994, de 17 de enero; 206/1999, de 8 de noviembre; 218/2003, de 15 de diciembre, y 51/2010, de 4 de octubre).

De entre las citadas, la sentencia de esta Sala 1.^a 87/2009, de 19 de febrero, lo explica del siguiente modo:

"Tratándose de pretensiones subsidiarias, en cambio, la doctrina de esta Sala es clara en el sentido de que, estimada la pretensión principal de la demanda, no cabe exigir al demandante que cautelarmente apele o se adhiera a la impugnación del demandado para que, en caso de prosperar ésta, se considere o reconsidere su pretensión subsidiaria, pues la estimación de su pretensión principal comporta que la sentencia de primera instancia no le perjudica en nada ni en nada le resulta desfavorable".

No podemos considerar concurra un caso de desestimación tácita de la acción subsidiaria ejercitada, por la circunstancia de que el tribunal provincial afirme, en su sentencia, que la recurrente "tenía pleno conocimiento de las características del producto que contrataba", en relación con el tercero de los swaps, cuando ningún razonamiento contiene la sentencia recurrida sobre la formación del consentimiento contractual en relación con los dos primeros swaps y observancia de los deberes precontractuales de información, que exigía la legalidad vigente a las entidades asesoras.

Tampoco cabe deducir una desestimación tácita porque, entre otras cosas, se sostiene en la resolución de la Audiencia que el representante de la actora admitió "conocimientos en temas financieros, como expresamente reconoce en los test de idoneidad que realizó con fecha 1 de abril de 2008"; puesto que, con ello, únicamente se señala, de forma genérica, contar con conocimientos de tal clase; pero no se afirma ni, por lo tanto, cabe deducir, que los ostentase con respecto al swap bonificado reversible media de 26 de abril de 2007 y al swap flotante bonificado de 4 de abril de 2008, que requieren contar con unos conocimientos específicos sobre las características de estos concretos productos complejos, aleatorios y de riesgo, sin que, a tales efectos, baste con una afirmación genérica como la efectuada sin más precisiones y que además resulta impugnada, al cuestionarse la errónea formación del consentimiento contractual con respecto al último swap; todo ello además en un marco de contratos encadenados, en que la cancelación anticipada de uno de ellos implicaba la contratación del otro sin solución de continuidad.

Desestimada la acción principal, la competencia del Tribunal de apelación se extendía al examen de la acción subsidiaria ejercitada. Al no haberlo hecho así, la Audiencia Provincial incurrió en la incongruencia denunciada con infracción de lo normado en el art. 218.1 LEC. Por todo lo cual, el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, al amparo del art. 469.1.2.º de dicho texto legal, debe de ser estimado, con los efectos derivados de lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, regla 7.^a de la LEC, que obliga a este tribunal de casación a entrar en el examen de la pretensión omitida asumiendo la instancia. Lo que conforma además motivo específico de casación igualmente formulado por la parte demandante.

Recurso de casación.

TERCERO.- Incumplimiento del deber contractual de información que incumbía a la entidad financiera demandada



Por exigencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y específica formulación del recurso de casación, fundamentado en la infracción de lo normado en los arts. 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción vigente a la suscripción de los contratos litigiosos, procederemos acto seguido al examen de tal cuestión. De la cita de las sentencias efectuadas y del contenido de la demanda se deduce claramente en qué consistió el incumplimiento contractual denunciado, lo que no supuso indefensión alguna para la entidad financiera, por lo que no concurre motivo de inadmisión del recurso.

1.- El incumplimiento del deber de información y su marco normativo

Este tribunal admite la viabilidad de una acción de responsabilidad civil al amparo del art. 1.101 del CC, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros a un cliente, en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de dicha relación jurídica, siempre que se haya producido un perjuicio patrimonial consistente en la pérdida total o parcial de la inversión y concurra, como es natural, la obligada relación de causalidad entre dicho incumplimiento y el daño indemnizable. Constituyen manifestación de tal doctrina las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre; 62/2019, de 31 de enero; 303/2019, de 28 de mayo o más recientemente 165/2020, de 11 de marzo, entre otras.

Igualmente es necesario reseñar que si bien el primer swap, de 26 de abril de 2007, es anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, no obstante, ya con antelación a su entrada en vigor se recogía, en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de las entidades financieras de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a productos financieros comercializados, como resultaba de la normativa pre-MiFID, constituida por el art. 79 LMV, en su redacción entonces vigente, y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.

En este sentido, la sentencia 32/2016, de 4 de febrero, cuya doctrina reproduce la ulterior sentencia 542/2019, de 16 de octubre, señaló al respecto que:

"Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo 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". De igual forma, se pronuncia la STS 562/2016, de 23 de septiembre".

El art. 79 LMV también establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "[...] asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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".

Posteriormente, la inclusión en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, 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), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa (por todas, sentencias de esta sala 742/2015, de 18 de diciembre, 669/2016, de 14 de noviembre, 7/2017, de 12 de enero y 481/2020, de 21 de septiembre).



2.- La existencia de relación de asesoramiento

Es necesario igualmente salir al paso del argumento de la parte demandada relativo a la inexistencia de una relación de asesoramiento con la actora. Como hemos dicho en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, ratificada por otras posteriores tales como las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 329/2017, de 24 de mayo y 424/2020, de 14 de julio, entre otras:

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

"El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

"De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

Asimismo, como nos hemos manifestado en las sentencias 102/2016, de 25 de febrero; 411/2016, de 17 de junio; 329/2017, de 24 de mayo y 424/2020, 14 de julio, para que exista asesoramiento no es requisito la celebración de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

3.- Examen del incumplimiento de las obligaciones dimanantes del deber de asesorar

Pues bien, bajo dicho manto normativo, el Banco demandado no cumplió diligentemente con sus obligaciones legales, ofertando unos productos financieros complejos, de elevado riesgo y sucesivos en el tiempo, sin aportar al respecto ningún elemento que permita demostrar la valoración efectuada sobre la adecuación de dichos productos al perfil inversor de la entidad actora, pese a que debió necesariamente analizarlo, al asesorarla sobre la adquisición de aquéllos.

Tampoco contamos con prueba relativa a haberse suministrado una información suficiente sobre el funcionamiento de los distintos swaps comercializados y riesgos inherentes a los mismos, sin que, al respecto, sean bastantes las meras advertencias, obrantes en los contratos suscritos, para que el legal representante de la actora, con conocimientos genéricos en el mercado financiero, propios de la gestión del objeto social de la entidad que administra, pudiese comprender el concreto producto aleatorio y de elevado riesgo adquirido. Por otra parte, el contrato marco de operaciones financieras se suscribe por las partes el 26 de abril de 2007, esto es el mismo día que la contratación del primer swap, sin tiempo material para leer su complejo y técnico contenido.

Swaps que, además, fueron cancelados, por consejo e iniciativa del banco, para proceder a la contratación de otros nuevos, que sustituyeron a los precedentes, y que causaron mayores perjuicios económicos a los intereses de la entidad demandante; todo ello, sin cumplida justificación de la razón por mor de la cual, cuando se estaban produciendo liquidaciones positivas (primer swap), se cancela anticipadamente con un cargo negativo, que hace perder todo lo ganado durante el iter contractual, para proceder acto seguido, sin solución de continuidad, a recomendar la contratación de otros dos swap de distinta clase, cada vez más perjudiciales para los intereses de la demandante, que además tuvo que asumir el coste de la cancelación anticipada, lo que permite cuestionar fueran realmente valorados los intereses del cliente en el conflicto existente entre las partes litigiosas y no exclusivamente los del banco.

Por todo ello, y sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la existencia del error contractual sufrido, este motivo de casación debe de ser estimado.



4.- La sentencia de casación

Procede, por consiguiente, acoger este motivo del recurso interpuesto y, asumiendo la instancia, estimar la demanda con respecto a la acción de daños y perjuicios ejercitada al amparo del art. 1101 del CC, con la correlativa condena a la demandada a indemnizar a la actora por el perjuicio patrimonial sufrido, al concurrir clara relación de causalidad entre la falta de información y el daño patrimonial reclamado. Todo ello, con respecto los dos primeros swaps y aplicación de los intereses legales de los arts. 1100, 1101 y 1108 del CC, de la manera solicitada desde el emplazamiento para contestar.

CUARTO.- Motivo de casación relativo a la caducidad de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento en los contratos de swap

Independientemente de que esta Sala ha declarado, en sus sentencias 476/2019, de 17 de septiembre, 346/2019, de 21 de junio; 695/2018, de 11 de diciembre o 692/2017, de 20 de diciembre que, en los supuestos de encadenamiento de swaps, cuando uno de ellos es renovación del anterior, operando como antecedente necesario de la contratación del segundo, cabe reputarlos como un único negocio jurídico, lo cierto es que tal cuestión no ha sido suscitada ante la Sala.

En este caso, el recurso se circunscribe, de forma exclusiva, al tercer y último swap de tipo fijo escalonado, de 19 de junio de 2009, cancelado el 23 de febrero de 2011, cuya nulidad, por la concurrencia de vicios del consentimiento, se consideró extemporáneamente ejercitada, por transcurso del plazo de los cuatro años del art. 1301 del CC, a contar desde las primeras liquidaciones negativas.

La cuestión, en su momento controvertida, con dispares criterios resolutorios, relativa a la determinación del día inicial del cómputo del plazo de los cuatro años del art. 1301 del CC, en los contratos de swap, ha sido definitivamente zanjada por esta Sala, tras la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, en la que señalamos:

"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".

La precitada doctrina es reiterada por las sentencias del Tribunal Supremo 720 y 722/2018, de 19 de diciembre; 3/2019, de 8 de enero; 108/2019, de 19 de febrero; 162/2019, de 14 de marzo; 238/2019, de 24 de abril; 288 y 290/2019, de 23 de mayo; 343/2019, de 13 de junio; 346 y 347/2019, de 21 de junio; 369/2019, de 27 de junio; 604/2019, de 12 de noviembre; 114/2020, de 19 de febrero; 271/2020, de 9 de junio; 272/2020, de 9 de junio; 274/2020, de 10 de junio, entre otras muchas.

Específicamente, con respecto al cómputo del plazo de cuatro años desde la fecha de cancelación anticipada, se expresaron las sentencias 673/2019, de 16 de diciembre y 274/2020, de 10 de junio.

En este caso, desde la cancelación del tercer swap, hasta la presentación de la demanda, no transcurrió el plazo de los cuatro años del art. 1301 del CC, por lo que el recurso debe de ser estimado, sin que, por todo el conjunto argumental expuesto, podamos aceptar el criterio de la Audiencia de considerar caducado el swap desde la primera liquidación negativa.

La estimación de este concreto motivo de casación, que conforma la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia, pues caducada la acción no tiene sentido entrar a analizar la acción caducada, determina que no podamos considerar obligada a la parte actora, que insta la estimación del recurso, y, por consiguiente, de la demanda, consciente de que la casación de la sentencia implica el deber del tribunal de asumir la instancia para dictar la sentencia procedente en derecho (art. 487 LEC), que recurra las consideraciones, a más abundamiento, contenidas en la resolución de la Audiencia (sentencias 327/2010, de 22 junio y 374/2012, de 20 de junio) sobre la inexistencia de error.



Por todo ello, el motivo de casación interpuesto tiene indiscutible interés jurídico y no concurre la doctrina de la carencia de efecto útil invocada por el Banco.

QUINTO.- *El error como vicio del consentimiento en los contratos de swap y estimación de la demanda*

En el presente caso, nos encontramos ante un contrato complejo, aleatorio y de riesgo, que exige la obligación activa del banco de suministrar a la demandante una cumplida información sobre el funcionamiento y riesgos del tercero de los contratos de swaps celebrados, sin que podamos considerar los conociera con el argumento de que había contratado los dos anteriores, con respecto a los cuales hemos declarado el incumplimiento del deber de informar, derivado de la relación jurídica de asesoramiento existente entre las entidades litigantes.

El propio banco es el que admite tomó la iniciativa contractual, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, que norma, en su artículo 19, que las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que haya suscrito préstamos a interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo del tipo de interés que tanga disponibles; pues una cosa es la obligación de informar y otra bien distinta que se hiciera de manera correcta, con observancia de los deberes legales impuestos.

La entidad actora, según el propio informe aportado por el banco, en su contestación a la demanda (documento n.º 1), se trata de una sociedad que, en función de su volumen de ventas, se puede catalogar como pequeña empresa, cuya estructura corporativa cuenta con un solo miembro, que es su administrador único D. Roque, firmante de los contratos litigiosos. Es cierto que igualmente desempeña cargos de administración en otras cuatro sociedades, pero son mercantiles de escasa y poco relevante actividad en el mercado. No cuenta el Sr. Roque con una específica formación en el sector financiero o jurídico para poder conocer las características y riesgos de los contratos litigiosos.

Como hemos dicho, entre otras, en la sentencia 37/2018, de 24 de enero:

"[...] 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 sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión (SSTS 11/2017, de 13 de enero; 6 de abril de 2017).

"De ahí que inferir de ese dato, como hace la sentencia recurrida, que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo, contradice la jurisprudencia de la sala".

Igualmente hemos señalado, en la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, que el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap, no es la de un simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. No bastan pues con los conocimientos usuales del mundo de la empresa (sentencias 549/2015, de 22 de octubre; 633/2015, de 19 de noviembre; 651/2015, de 20 de noviembre; 37/2018, de 24 de enero; entre otras).

Los test de idoneidad y conveniencia practicados con respecto al tercer swap, tampoco informan sobre la adecuación del producto financiero al perfil de la entidad actora, puesto que señalar que se han contratado productos financieros con base en los dos contratos de swaps anteriormente celebrados, que se encuentran encadenados entre sí con el que ahora nos ocupa, no aporta dato relevante de clase alguna.

Además llama poderosamente la atención las contestaciones de los test de 1 de abril de 2008, realizados en función de la contratación del segundo swap, en los que se afirma, por el administrador de la actora, que carecen de especialistas o de un departamento especializado en instrumentos financieros, incluso de asesores, con respecto a las respuestas dadas, en los test de 19 de junio de 2009, en los que se sostiene, por el contrario, disponer de una dirección financiera o especialistas de tal clase, lo que es poco creíble, dado el objeto, la naturaleza y entidad de la empresa demandante.

Por otra parte, se ha declarado, que el deber de información que compete a la entidad demandada constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde, por lo tanto, a los clientes bancarios averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, como el legal representante de la demandante en este proceso, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto, que en este caso resultó nefasto para sus intereses, y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015; 676/2015, de 30 de noviembre; 690/2016, de 23 de noviembre, 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre, entre otras.



Es, en cualquier caso, a la entidad financiera demandada a quien corresponde la carga de la prueba sobre la información dispensada. Ello por sendas razones: primera porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y, segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (sentencias 668/2015, de 4 de diciembre; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, 618/2019, de 19 de noviembre entre otras muchas).

No basta pues 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 (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 690/2016, de 23 de noviembre; 6/2019, de 10 de enero y 334/2019, de 10 de junio).

Y, este deber de informar por parte del Banco ha de ser, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional. Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencia 692/2015, de 10 de diciembre).

En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél deber permite apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la STS del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014, declaramos:

"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Por último, para desestimar el argumento del banco relativo al respeto que merece el principio de vinculación a los actos propios, baste con citar los argumentos de la sentencia STS 30/2018, de 22 de enero, en la que razonamos:

"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 atenderemos, 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".

Por todo ello, procede confirmar la sentencia del juzgado, en este aspecto, en tanto en cuanto estimó la demanda formulada.

SEXTO.- Costas y depósito

La estimación de los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal determina no se impongan las costas procesales del mismo (art. 398 de la LEC) y que proceda la devolución de los depósitos constituidos para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8, LOPJ).



Las costas de primera instancia se imponen a la entidad demandada, dado que se considera también vencimiento, a tales efectos, la estimación de las pretensiones subsidiarias ejercitadas, puesto que, como señala la sentencia 173/2016, de 17 de marzo, "[...] es jurisprudencia constante la que afirma que la estimación de alguna de las peticiones formuladas con carácter alternativo o subsidiario determina la condena en costas del demandado por aplicación del principio del vencimiento objetivo", en el mismo sentido, la sentencia 963/2007, de 14 de septiembre y las citadas en ella.

Se imponen las costas de apelación, pues el recurso del banco no debió prosperar, en tanto en cuanto postulaba la desestimación de la demanda, petición que no prospera (art. 398 LEC).

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 los recursos por infracción procesal y casación interpuestos contra la sentencia dictada con fecha 19 de enero de 2019, por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo de apelación 557/2017. No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de dichos recursos y devuélvanse los depósitos constituidos para recurrir.

2.º- Casar la sentencia recurrida y dictar otra en virtud de la cual se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Dos Hermanas, con relación a la declaración de nulidad del tercer Swap tipo fijo escalonado de 19 de junio de 2009, condenando a la entidad demandada Banco de Santander a abonar a la actora Promotora Roque, S.L., la suma de 34.683,57 euros, con los intereses legales de dicha suma desde el emplazamiento para contestar a la demanda.

3.º- Se estiman las acciones subsidiarias de responsabilidad civil por incumplimiento contractual interpuestas, y, en consecuencia, condenamos a la entidad financiera demandada Banco de Santander a indemnizar a la entidad actora Promotora Roque, S.L., con respecto al primero de los contratos de swap bonificado reversible media de 26 de abril de 2007, en la suma de 945,79 euros; y, en relación al swap flotante bonificado de 4 de abril de 2008, con la cantidad de 4844,85 euros, en ambos casos con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

4.º- Se imponen a la entidad demandada las costas de primera instancia y apelación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.