



Roj: **STS 5113/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5113**

Id Cendoj: **28079110012016100655**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2016**

Nº de Recurso: **1489/2013**

Nº de Resolución: **676/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4393/2013,**
STS 5113/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 16 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Distribuciones y Representaciones Perama S.L., representada por el procurador D. Jacobo García García, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Falero de Rato, contra la sentencia n.º 118/13, de 4 de marzo, dictada por la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 768/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1273/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A, representada por la procuradora D.ª Rocio Sempere Meneses y bajo la dirección letrada de D.ª Esther Álvarez León.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Jacobo García García, en nombre y representación de Distribuciones y Representaciones Perama S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que:

1º.- Se declare la nulidad del contrato de "Gestión de Riesgos Financieros" celebrado entre mi representada y la demandada con fecha 1 de marzo de 2006, así como de los suscritos en las condiciones particulares denominados "CLIP BANKINTER 06-3.5" y "CLIP BANKINTER 07-7.3" datados el 1 de marzo de 2006 y el 5 de junio de 2007, ordenando a las partes contratantes restituirse recíprocamente los importes abonados en virtud de los mismos, con sus intereses legales devengados por tales cantidades desde la fecha del efectivo pago o cobro.

Todo ello más los intereses legales que correspondan y con expresa imposición de las costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 26 de mayo de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, fue registrada con el núm. 1273/2010. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Rocio Sempere Meneses, en representación de Bankinter S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...]dicte sentencia por la que desestime íntegramente las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid dictó sentencia n.º 42/2012, de 22 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Estimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. García García en nombre y representación de Distribuciones y Representaciones Perama SL contra Bankinter SA y en su mérito declaro la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros suscrito el 1 de marzo de 2006 y de los denominados CLIP Bankinter 06-3.5 y 07-7.3 de 1 de marzo de 2006 y 5 de junio de 2007 y ordeno a las partes a la recíproca restitución de lo percibido por mor de los contratos más los intereses devengados desde el pago de las liquidaciones. 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 Bankinter S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 768/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 118/2013, de 4 de marzo, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Sampere Meneses en nombre y representación de BANKINTER, S.A., contra la Sentencia de fecha 22 de febrero de 2012 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid en autos de Juicio Ordinario n.º 1273/10, debemos dar lugar al mismo y en consecuencia, con revocación de la meritada resolución debemos absolver y absolvemos a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda. Respecto a las costas estese al Fundamento de Derecho que antecede. Con devolución del depósito constituido».

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

1.- El procurador D. Jacobo García García, en representación de Distribuciones y Representaciones Perama S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del artículo 469.1 apartado 2º y 3º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, e infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, en relación con los artículos 218, 222, 458 y 465.5 de la Lec y artículo 24 de la CE, por vulneración del principio jurídicos "tantum devolutum quantum appellatum", congruencia de las sentencias y la doctrina del efecto útil o de la equivalencia de resultados, generando indefensión a esta parte».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción de los arts. 10, 85 y 87 de la Ley de Consumidores y Usuarios, del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y de los arts. 1.265, 1.266, 1.275, 1.276 y 1.288 del Código Civil.

»Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción de los arts. 10, 85 y 87 de la Ley de Consumidores y Usuarios, del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y de los arts. 1.256, 1.265 y 1.266 del Código Civil.».

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 y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Distribuciones y Representaciones Perama, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 4 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, en el rollo de apelación n.º 768/2012, dimanante del juicio ordinario 1273/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid».

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 21 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de octubre de 2016. No obstante,



por providencia de 8 de septiembre de 2016, y, por motivo de la comisión de servicio para curso de formación fuera de Madrid del magistrado ponente, se suspendió el señalamiento acordado y se trasladó al día 3 de noviembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

- 1.- El 1 de marzo de 2006, la compañía mercantil Distribuciones y Representaciones Perama S.L. (en adelante, Perama) y Bankinter S.A. suscribieron un contrato denominado de gestión de riesgos financieros.
- 2.- En igual fecha, las mismas partes concertaron un contrato denominado «Clip Bankinter 06-3.5», con un nominal de 251.000 €, fecha de inicio el 14 de marzo de 2006, fecha de vencimiento el 14 de marzo de 2011, y liquidaciones con periodicidad trimestral.
- 3.- El 5 de junio de 2007, las partes contrataron un nuevo producto, denominado «Clip Bankinter 07-7.3», con un nominal de 355.000 €, fecha de inicio el 5 de junio de 2007, fecha de vencimiento el 6 de junio de 2011, y liquidaciones con periodicidad trimestral.
- 4.- Las liquidaciones de ambos productos arrojaron un resultado negativo neto para el cliente de 15.914,24 € y 7.255 €.
- 5.- Perama formuló demanda contra Bankinter, en la que solicitaba la nulidad de los contratos suscritos entre las partes y la recíproca restitución de las prestaciones. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) El producto fue ofrecido por el banco al cliente; (ii) La información que dio la entidad financiera fue sobre la base de una subida de tipos de interés, omitiéndose cualquier mención a las consecuencias de la bajada de los tipos, lo que motivó la existencia de error en el consentimiento; (iii) Existía desproporción en las obligaciones asumidas por cada parte, lo que contraviene la normativa protectora de los consumidores. Razones por las cuales estimó la demanda.
- 6.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Las consecuencias de la bajada del Euribor podrían haber sido conocidas o previstas por la demandante; (ii) Se presume que una sociedad mercantil conoce los riesgos de las operaciones financieras que concierne; (iii) El cliente no tiene la condición legal de consumidor; (iv) Mientras recibió liquidaciones positivas no hizo objeción alguna; (v) Aunque hubiera existido error, el mismo no sería excusable. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Único motivo de infracción procesal. Ámbito del recurso de apelación.*

Planteamiento:

- 1.- Perama planteó un único motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.2º y 3º LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia e infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, por infracción de los arts. 218, 222, 458 y 465.5 LEC, por vulneración del principio *tantum devolutum quantum appellatum*.
- 2.- En el desarrollo del motivo alega, resumidamente, que en el recurso de apelación de Bankinter no se impugnaba el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia relativo a la aplicación al caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Pese a lo cual, la Audiencia Provincial resolvió que la demandante no tenía la condición legal de consumidora y que, por tanto, no le resultaba aplicable tal legislación.

Decisión de la Sala:

- 1.- Como dijimos en la sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril, con cita de otras varias de este mismo Tribunal, el recurso de apelación supone una *revisio prioris instantiae* [revisión de la primera instancia] que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, lo que faculta al tribunal de apelación para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio *tantum devolutum quantum appellatum* [se transfiere lo que se apela], conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como regula el art. 465.4 LEC. Ambos límites de conocimiento son manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva



en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (sentencias de esta Sala 927/2006, de 26 de septiembre ; y 533/2009, de 30 de junio).

2.- Como también hemos recordado en la sentencia núm. 746/2015, de 22 de diciembre, en nuestro sistema procesal el juicio de segunda instancia es pleno y en él la comprobación que la Audiencia Provincial hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido por el Juez de Primera Instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del tribunal revisor en relación con los del Juez de Primera Instancia. En este sentido, ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 212/2000, de 18 de septiembre :

«[...] en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum)».

3.- Estas facultades del tribunal de segunda instancia aparecen claramente recogidas en el art. 456.1 LEC , al decir:

«En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Lo que nos permite afirmar que el tribunal de apelación no está en modo alguno sujeto a las apreciaciones del juez de primer grado, tanto fácticas como jurídicas.

4.- Es cierto que en este caso no se impugnó expresamente el razonamiento de la sentencia de primera instancia relativo a la aplicación al caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero debe tenerse en cuenta que dicha aplicación no fue el argumento decisivo de la sentencia de primer grado para estimar la demanda, puesto que la base de dicha estimación fue la apreciación de error en el consentimiento, causante de nulidad contractual (fundamento jurídico sexto). Y del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial tampoco estimó el recurso de apelación porque no resultara aplicable la legislación de consumidores, sino porque consideró que no concurría el mencionado vicio del consentimiento.

Razones por las que no puede prosperar el recurso extraordinario de infracción procesal.

Recurso de casación

TERCERO.- Planteamiento del recurso de casación y admisibilidad.

1.- Perama interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC , basado en dos motivos:

1º) Infracción de los arts. 10 , 85 y 87 de la Ley de Consumidores y Usuarios , del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y de los arts. 1.265 , 1.266 , 1.275 , 1.276 y 1.288 del Código Civil .

2º) Infracción de los arts. 10 , 85 y 87 de la Ley de Consumidores y Usuarios , del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y de los arts. 1.265 , 1.266 , 1.275 , 1.276 y 1.288 del Código Civil , en relación con la cláusula de cancelación anticipada del contrato.

2.- Dado que la parte recurrida se opone a la admisibilidad de tales motivos, al alegar la inexistencia de interés casacional, antes de proceder a su examen, debe resolverse sobre tales objeciones. A tal efecto, debemos recordar la doctrina de esta Sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), y reiterada en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , y 188/2016, de 18 de marzo . Concurren causas absolutas de inadmisión del recurso de casación cuando se plantean motivos procesales y no sustantivos, cuando no se respeta la base fáctica de la sentencia recurrida y cuando el escrito carece de la necesaria claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 LEC), la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC), y la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC). Por el contrario, concurren causas relativas de inadmisión cuando, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso, secundarios, plantee



con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales supuestos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia.

3.- En el caso que nos ocupa, los dos motivos de casación resultan admisibles desde el punto de vista del interés casacional, porque con independencia de que estén mejor o peor fundados y de la suerte que puedan seguir en cuanto a su estimación o desestimación, tanto en el enunciado como en su desarrollo identifican las normas sustantivas supuestamente infringidas y fundamentan su alegato en el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria, en el desequilibrio de las prestaciones entre las partes y en la existencia de un posible error invalidante del consentimiento, al tiempo que identifica las resoluciones de Audiencias Provinciales que resultan contradictorias. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

CUARTO.- *Cuestión común previa a ambos motivos. Concepto legal de consumidor. Inaplicación al caso de la legislación de consumidores.*

1.- Sin perjuicio de que, como hemos dicho al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, la aplicación o inaplicación al caso de la legislación sobre consumidores no fue la *ratio decidendi* de ninguna de las dos sentencias de instancia, dado que en ambos motivos de casación se invocan como infringidos diversos preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente al tiempo de la constitución de las relaciones contractuales entre las partes), hemos de pronunciarnos al respecto, como cuestión previa a la resolución del recurso de casación.

2.- Conforme a la base fáctica de la sentencia, que en este particular deriva del propio relato de hechos de la demanda, la empresa demandante tenía concertadas con Bankinter diversas operaciones financieras a interés variable -un préstamo, un contrato de crédito denominado multilínea de financiación y una póliza de garantía de efectos comerciales- para el desenvolvimiento de su tráfico mercantil; y los contratos de permuta financiera (clip) se concertaron en relación con las posibles oscilaciones de los tipos de interés aplicables a tales operaciones. Es decir, los contratos litigiosos, de naturaleza mercantil, fueron concertados por una sociedad de capital en el marco de su actividad empresarial y para el desenvolvimiento de su objeto social.

En consecuencia, ni Distribuciones y Representaciones Perama S.L. tiene la cualidad legal de consumidor, ni le puede resultar aplicable la legislación protectora de los consumidores. Ni conforme al art. 1 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU), vigente cuando se firmaron los contratos. La demandante tampoco puede ser considerada conforme al art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), tanto en su redacción vigente a la fecha de presentación de la demanda, como en la actual.

El art. 1 LGCU, en sus apartados 2 y 3, establecía:

«2.- A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3.- No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

A su vez, el art. 3 TRLUCU decía en su redacción originaria:

«Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

Y el art. 4 añadía:

«Se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada».



Mientras que actualmente, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se han precisado más tales conceptos, y el artículo 3 define como consumidores o usuarios a quienes:

«[a]ctúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

Así como a :

«[l]as personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

Conceptuando ahora el artículo 4 como empresario a:

«[t]oda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

2.- Debe tenerse en cuenta, además, que en el ámbito comunitario europeo, el concepto de consumidor ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria en el mismo sentido y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación positiva de en qué consiste esa actuación: así, la STJCE 14 marzo 1991 (asunto *di Pinto*), recaída en un asunto en que un empresario contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, concluyó que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son las familiares o personales del comerciante (§ 16), por lo que no merece la calificación de consumidor. Igualmente, la STJCE 17 marzo 1998 (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), señaló que la Directiva «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado». Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar las normas sobre competencia judicial internacional, por ejemplo en las SSTJCE 21 junio 1978, 19 enero 1993, 3 julio 1997, 27 abril 1999, 11 julio 2002, 20 enero 2005 -asunto *Gruber* -, 20 enero 2005 -asunto *Engler* -, 21 junio 1978, asunto *Bertrand*, § 21; STJCE 19 enero 1993, asunto *Shearson Lehman Hutton Inc.*, § 13, en las que ha enfatizado que solamente es consumidor quien no participe en actividades comerciales o profesionales y que la legislación sobre consumidores solamente se aplica a los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo.

Y según el TJCE, el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE 3 julio 1997, asunto *Benincasa*, §§ 16-17), «pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su contratante» (STJCE 20 enero 2005, asunto *Gruber*, § 40).

3.- Como consecuencia de todo lo expuesto, las alegaciones de ambos motivos de casación relativas a la aplicación de los artículos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios invocados en los mismos, han de ser desestimadas, puesto que los contratos objeto de litigio no tenían como finalidad la satisfacción de una necesidad privada, sino empresarial.

Sin perjuicio de que puedan examinarse el resto de infracciones legales denunciadas, puesto que los motivos casacionales no se limitan a la invocación de los preceptos de la LGCU.

QUINTO.- Primer motivo de casación. *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las



condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 - asunto C-604/11 , Genil 48, S.L. y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L., contra "Bankinter, S.A." y BBVA, S.A., y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones, básicamente contratos de financiación de actividades propias del objeto social del cliente, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa 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.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

SEXTO.- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; y 510/2016, de 20 de julio ; 549/2016, de 20 de septiembre ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 579/2016, de 30 de septiembre ; y 601/2016, de 6 de octubre). Asimismo, en relación con contratos de permuta financiera con la denominación «Clip Bankinter», muy similares a los que son objeto de este procedimiento, se ha pronunciado esta Sala en las sentencias núm. 547/2015, de 20 de octubre ; 559/2015, de 27 de octubre ; 560/2015, de 28 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 25/2016, de 4 de febrero ; 26/2016, de 4 de febrero ; 358/2016, de 1 de junio ; 491/2016, de 14 de julio ; y 509/2016, de 20 de julio .

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara al cliente de los riesgos de la operación,



que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos; sino que, considera suficiente que del tenor literal de los documentos suscritos y de su lectura, pudiera desprenderse una información sobre los riesgos, haciendo responsable al cliente de la falta de lectura o de la firma sin estar debidamente informado. Sin reparar en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse en modo alguno que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Bankinter pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

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

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el primer motivo del recurso de casación, y sin necesidad de examinar el segundo, anularse la sentencia recurrida, y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- Pese a la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, procede no hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según permite el art. 394.1 LEC , por remisión del art. 398.1 LEC de la misma Ley, puesto que existen dudas de derecho sobre la corrección formal del razonamiento de la Audiencia Provincial relativo a la inaplicación de la legislación de consumidores, cuando dicha cuestión no había sido objeto de impugnación expresa en el recurso de apelación.

2.- La estimación parcial del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Bankinter, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el art.



398.1 LEC . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el art. 398.2 de la misma Ley .

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Distribuciones y Representaciones Perama, S.L., contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, en el recurso de apelación núm. 768/2012 . **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha recurrente contra la citada sentencia. **3.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A. contra la sentencia de 22 de febrero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Madrid , en el juicio ordinario núm. 1273/2010, que confirmamos. **4.º-** Imponer a Bankinter S.A. las costas del recurso de apelación. **5.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. **6.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbese 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.