

Roj: **STS 728/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:728**Id Cendoj: **28079110012017100143**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/03/2017**Nº de Recurso: **1499/2014**Nº de Resolución: **143/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP C 488/2014,**
STS 728/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 1 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Acersa Hierros S.L., representada por el procurador D. Juan Perreau de Pinninck y Zalba y bajo la dirección letrada de D.ª María José Calviño Forján, contra la sentencia núm. 106/2014, de 28 de marzo, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 513/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2012/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de A Coruña. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A., representada por la procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. Alipio Conde Herrero y D. Sergio Martín Martín.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María del Mar Rodríguez González, en nombre y representación de Acersa Hierros S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«en la que:

»A) Se declare la nulidad del contrato de fecha 20/02/2008 (Documento nº 3) esto es, el "Clip Actualizado Bankinter 07-2.3", así como sus condiciones generales, por vicios de consentimiento, falta de causa, así como un abuso de derecho y enriquecimiento injusto.

»B) Se condene a la mercantil Bankinter S.A., a devolver a mi mandante todas las cantidades cobradas, descontando las abonadas por el banco, esto es, restituirse recíprocamente ambas partes las cantidades abonadas por cada uno, dando un saldo a favor de mi representada de 45.325,45 Euros, o subsidiariamente la cantidad que resulte probada de la liquidación final, así como los intereses legales de dichas cantidades desde sus respectivos cargos.

»C) Se impongan, en todos los supuestos, las costas a la demandada».

2.- La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 5 de A Coruña, fue registrada con el núm. 212/2012. Una vez admitida a trámite, se emplazó al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Susana Prego Vieito, en representación de Bankinter S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] se dicte Sentencia desestimando en su integridad la Demanda interpuesta por ACERSA HIERROS, S.L, con expresa imposición de costas a la Demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de A Coruña dictó sentencia de fecha 19 de septiembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Rodríguez González, actuando en nombre y representación de ACERSA HIERROS,S.L. contra BANKINTER, se declara nulo el contrato de fecha 20-02-2008, esto es, el "Clip Actualizado Bankinter 07-2-3", así como sus condiciones generales, por vicio del consentimiento, condenando a la demandada a devolver al actor todas las cantidades cobradas, descontando las abonadas por cada uno, dando un saldo a favor de la actora de 7.773,10 euros, así como los intereses legales de dichas cantidades desde sus respectivos cargos, sin hacer expresa imposición de las costas causadas».

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 Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 513/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña resuelve:

»1º.- Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandada "Bankinter, S.A.", contra la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2013 por el Sr. Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de A Coruña, en los autos de procedimiento ordinario seguidos con el número 212/2012, y en el que es demandante "Acersa Hierros, S.L.".

»2º.- Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar: Desestimando la demanda formulada por "Acersa Hierros, S.L." contra "Bankinter, S.A.", debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones formuladas; todo ello con expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia a la demandante.

»3º.- No se imponen las costas causadas en la segunda instancia».

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

1.- El procurador D. Juan P. Perreau de Pinnick y Zalba, en representación de Acersa Hierros S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC , por infracción de los artículos 1265 , 1266.1 y 1300, todos del Código Civil y 79 bis) 3 de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, de Mercado de Valores .

»Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.23º LEC , por infracción de los artículos 6.3 CC y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores».

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Acersa Hierros, S.L., contra la sentencia dictada con fecha 28 de marzo de 2014 por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Tercera), en el rollo de apelación n.º 513/2013 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 212/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de La Coruña».

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 25 de noviembre de 2016 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 22 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*



1.- En febrero de 2008, la compañía mercantil Acersa Hierros S.L. (en adelante, Acersa) y Bankinter S.A. suscribieron un contrato denominado «Clip Bankinter 07-2.3», con un nominal de 600.000 €, fecha de inicio el 4 de marzo de 2008, fecha de vencimiento el 22 de agosto de 2011 y liquidaciones con periodicidad trimestral.

2.- Las liquidaciones de dicho producto arrojaron un resultado negativo neto para el cliente de 28.162,65 €.

3.- Acersa formuló demanda contra Bankinter, en la que solicitaba la nulidad del mencionado contrato y la recíproca restitución de las prestaciones. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) La información ofrecida por la entidad bancaria al cliente fue engañosa, porque no se hizo mención alguna a la posibilidad de pérdidas, ni a la existencia de un alto riesgo en caso de bajada o desplome de los tipos de interés; (ii) Tampoco se informó al cliente de los gastos que supondría la cancelación anticipada, sino que solamente se mencionó la existencia de cálculo en condiciones de mercado; (iii) Este déficit de información provocó el error en el consentimiento por parte del cliente. Razones por las cuales estimó la demanda.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Aunque no se conoce la extensión de la información ofrecida, cabe presumir que la administradora de la actora conocía el producto, porque ya había suscrito otro similar el año anterior y porque su empresa tiene una gran actividad bancaria; (ii) Un cliente medio puede comprender que si baja el Euribor se producen consecuencias económicas negativas para el cliente; (iii) La información sobre la cancelación anticipada no fue suficiente, pero no se ha solicitado la nulidad de dicha cláusula; (iv) No hubo error en el consentimiento; lo que sucedió es que la administradora de la sociedad nunca se representó que pudieran bajar los intereses de la forma en que lo hicieron y que eso le generaría pérdidas. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación, desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Motivos. Planteamiento.*

Acersa interpuso recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, que se formuló en dos motivos.

En el primer motivo se alegó la infracción de los arts. 1265, 1266 y 1300 CC, en relación con el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV). En su desarrollo, se argumenta, resumidamente, que al haber omitido la entidad financiera la información legalmente exigible sobre los riesgos de la operación y sobre el coste de cancelación anticipada, indujo al cliente a prestar su consentimiento de forma errónea.

En el segundo motivo alegó infracción del art. 6.3 CC y del art. 79 bis LMV. Argumentó, resumidamente, que el incumplimiento de deberes legales imperativos debería conllevar la nulidad del contrato.

TERCERO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, 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.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.



Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó 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 pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/2016, de 25 de febrero).

CUARTO.- *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; 601/2016, de 6 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre).

Asimismo, en relación con contratos de permuta financiera con la denominación «Clip Bankinter», muy similares al que es 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; 509/2016, de 20 de julio; y 676/2016, de 16 de noviembre.

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.

No cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Tampoco basta 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 (sentencia, 195/2016, de 29 de marzo , con cita de las anteriores sentencias 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero).

3.- También hemos afirmado en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. 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, tratándose, como se trataba, de empresas que desarrollaban su actividad en un sector completamente ajeno al financiero y de inversión. La experiencia de ser representante de la sociedad y haber contratado productos bancarios no complejos (préstamos, créditos, líneas de descuento, etc.), no justifica por sí mismo la inexcusabilidad del error (sentencias 60/2016, de 12 de febrero , y 10/2017, de 13 de enero).

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.

4.- 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.

5.- 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.

6.- 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.

QUINTO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación 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 .



2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación, 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por Acersa Hierros S.L., contra la sentencia núm. 106/2014, de 28 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3ª, en el recurso de apelación núm. 513/2013 . 2.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 19 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de A Coruña , en el juicio ordinario núm. 212/2012, que confirmamos. 3.º- Imponer a Bankinter S.A. las costas del recurso de apelación. 4.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. 5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del prestado para el recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEJ