



Roj: **STS 2372/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2372**

Id Cendoj: **28079110012017100369**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **2287/2014**

Nº de Resolución: **377/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 8736/2014,**
STS 2372/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 14 de junio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 1818/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Jose Daniel y doña Patricia , representados ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Gloria Rincón Mayoral; siendo parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de don Jose Daniel y doña Patricia ,, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Bankinter S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«a) Se declare la nulidad del contrato denominado INTERCAMBIO TIPOS/CUOTAS suscrito entre mis representados y la entidad bancaria BANKINTER,S.A.

»b) Se condene a BANKINTER, S.A. a devolver a mis mandantes los cargos en cuenta resultantes del contrato INTERCAMBIO TIPOS/CUOTAS las cuales ascienden a 3.840,03 Euros más los intereses legales devengados. Así mismo, la entidad no podrá requerir a mis mandantes las cantidades no abonadas las cuales ascienden a 5.209,18 Euros.

»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«...sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:



«Que estimando pertinente la demanda interpuesta por Don Jose Daniel y Doña Patricia , representados en juicio por la Procuradora de los Tribunales Doña Gloria Rincón Mayoral, contra Bankinter S.A., representada en juicio por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Sampere Meneses:

»a) Debo declarar y declaro la nulidad del contrato denominado comercialmente "Contrato de intercambio de tipos/cuotas" suscrito entre las partes el día 1 de junio de 2007.

»b) Debo condenar y condeno a dicha entidad demandada a restituir a los actores la totalidad de las cantidades devengadas y abonadas por dichos demandantes en base a dicho contrato, ascendentes a 3.840,03 euros, junto con los pertinentes intereses legales, a computar desde que tales entregas se efectuaron. No habiendo abonado dichos demandantes 5.209,18 euros derivados de la aplicación de dicho contrato cuya nulidad de declara, no vendrán obligados a su pago a dicha mercantil demandada.

»c) Todo ello con expresa imposición a dicha demandada de las costas causadas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de mayo de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A. DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid en el Juicio Ordinario nº 1818/12 y en consecuencia desestimando íntegramente la demanda iniciadora del procedimiento debemos absolver y absolvemos libremente a Bankinter S.A. de las pretensiones contra ella deducidas en la demanda, sin hacer imposición de costas en ninguna de las dos instancias. Con devolución del depósito constituido.»

TERCERO.- La procuradora doña Gloria Rincón Mayoral, en nombre y representación de don Jose Daniel y doña Patricia , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, no siendo admitido el primero y sí el segundo, mediante auto dictado por esta sala en fecha 21 de diciembre de 2016 .

El recurso de casación se funda en dos motivos:

1.- Por infracción del artículo 1266 del CC y de la jurisprudencia, con cita de las sentencias de esta sala n.º 244/2013 de 18 de abril , 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/214 de 7 de julio y 387/2014 de 8 de julio al analizar la teoría del error en el consentimiento.

2.- Por infracción del artículo 6.3 CC y de la jurisprudencia, con cita de las sentencias n.º 834/2009, de 22 de diciembre , 710/2011, de 7 de octubre , n.º 683/2012, de 21 de noviembre , n.º 665/2012, de 15 de octubre , n.º 244/2013, de 18 de abril y 241/2013, de 9 de mayo .

CUARTO.- Dado tras traslado del recurso a la parte recurrida, se opuso a su estimación Bankinter S.A. representada por la procuradora doña Rocío Sampere Meneses.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 30 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Jose Daniel y Doña Patricia formularon demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A., suplicando el dictado de una sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Se declare la nulidad del contrato denominado Intercambio tipos/cuotas suscrito con la entidad Bankinter S.A. en fecha 1 de junio de 2007 ; b) Se condene a la demandada a devolver a los demandantes los cargos en cuenta resultantes de dicho contrato, los cuales ascienden a 3.840,03 euros más los intereses legales devengados, sin que dicha entidad pueda exigir a los demandantes el pago de las cantidades no abonadas por razón de dichos cargos, las cuales ascienden a 5.209,18 euros; c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas.

La entidad demandada se opuso y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 40 de Madrid dictó sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013 por la que estimó en su integridad la demanda, al considerar que concurrió error invalidante del contrato.

La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18.^a) dictó sentencia, de 21 de mayo de 2014 , que fue estimatoria del recurso y desestimó la demanda sin imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Contra dicha sentencia se ha admitido el recurso de casación interpuesto por los demandantes.



SEGUNDO.- El contrato celebrado entre las partes, cuya declaración de nulidad se pretendió en la demanda, es un contrato de permuta de tipos de interés denominado «Contrato de intercambios de tipos/cuotas», suscrito en fecha 1 de junio de 2007 -con vigencia por tres años a partir del 31 de mayo de 2008- y relacionado con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes en mayo de 2007, por principal ascendente a 180.000 euros a interés variable, de modo que se sustituía el interés variable pactado en dicho préstamo por el pago durante su vigencia -31 de mayo de 2008 a 31 de mayo de 2011- de una cuota fija por importe ascendente a 1.064,54 euros, lo que significaba en la práctica el establecimiento durante dicho plazo de un interés fijo, especificándose en las condiciones particulares del contrato que la comisión de apertura era de 0 euros y la de cancelación igualmente de 0 euros, cuando en realidad la cancelación podía suponer un alto coste para los demandantes.

No obstante la estimación de la demanda por parte del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial resuelve de modo contrario por estimar que, aun reconociendo que los demandantes no son personas con especiales conocimientos y formación financiera

«el contrato suscrito con ellos por la entidad Bankinter no es un mero contrato de intercambio de tipos de interés, sino es un contrato en el que se documenta a través del mismo un contrato en el que se fija y garantiza un tipo de interés fijo y permanente durante toda la referencia del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, o como es denominado por la entidad bancaria un intercambio de cobertura cuota fija, por tanto lo que se pretende con el contrato suscrito no es la especulación sobre la evolución a la baja o al alza de los tipos de interés, sino el mantenimiento en un tipo fijo y constante del contrato suscrito entre las partes, contrato de naturaleza mucho menos compleja que el de permuta de tipo de interés, y en el que realmente lo que se está garantizando y ofreciendo al cliente de la contratación bancaria, es el mantenimiento de la misma cuota a lo largo de toda la vida del préstamo, por tanto la posibilidad de entender y comprender el verdadero alcance del contrato suscrito por los ciudadanos particulares con la entidad bancaria, es mucho más sencilla, y por tanto no es fácil la existencia del error si se lee con detenimiento el contrato suscrito y las condiciones y características del mismo...»; a lo que más tarde se añade: «y en opinión de este Tribunal de segunda instancia, no se ha producido ese supuesto error, sino que las partes sabían perfectamente lo que contrataban y a lo que se obligaban, como no puede ser de otra forma dada la evidente sencillez del contrato suscrito».

TERCERO.- Acerca de las obligaciones de información de las entidades bancarias en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, esta sala ha reiterado las siguientes consideraciones:

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.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID -situación que se da en este caso pues el contrato se celebra en junio de 2007- 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. 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 al presente caso, 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.»

CUARTO.- Respecto del incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio, son numerosas las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, las cuales 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 ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

QUINTO.- El recurso de casación viene fundamentado en el presente caso en dos motivos:

1) Por oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina interpretativa del artículo 1266 del CC recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo, n.º 244/2013 de 18 de abril , 840/2013 de 20 de enero , 384/2014 de 7 de julio , 385/214 de 7 de julio y 387/2014 de 8 de julio al analizar la teoría del error en el consentimiento, sin tener en cuenta el contexto del tráfico de productos financieros, ni la Directiva Mifid a efectos interpretativos.

2) Por oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina recogida en las sentencias n.º 834/2009, de 22 de diciembre , 710/2011 de 7 de octubre , n.º 683/2012 de 21 de noviembre , n.º 665/2012 de 15 de octubre , n.º 244/2013 de 18 de abril y 241/2013 de 9 de mayo en ella citada que declaran la nulidad absoluta ipso iure, por aplicación del artículo 6.3 del código civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa.

La lógica casacional impone comenzar por el estudio del segundo de los motivos, que sostiene la nulidad radical o absoluta del contrato (artículo 6.3 CC), por ser contrario a normas imperativas o prohibitivas, pues este motivo es preferente respecto del anterior que propugna la mera anulabilidad por concurrencia de error vicio. Dicho motivo no puede prosperar ya que, como ha puesto de manifiesto esta sala en numerosas sentencias -entre las más recientes las núm. 195/2017, de 22 marzo , y núm. 106/2017, de 17 febrero - el defecto de información da lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por concurrencia de error en el consentimiento (artículos 1265 y 1266 CC) pero no a su nulidad radical o absoluta, como se sostiene en el motivo, ya que existe consentimiento, objeto y causa onerosa en el contrato (artículo 1261 CC) aunque el primero pueda haber sido prestado bajo una representación falsa sobre la naturaleza y alcance de las obligaciones contraídas. El contrato de «swap», en sí mismo, no es contrario a norma imperativa o prohibitiva alguna - supuesto en el cual sí se produciría la nulidad radical- y la falta de información y previsiones adecuadas respecto del contratante -que son exigidas por la ley- tienen únicamente consecuencias de carácter administrativo y en lo ue se refiere a la consideración de que pueda haber mediado error en la prestación del consentimiento.

Es el primer motivo, que cita jurisprudencia de esta sala ya recogida en el anterior fundamento cuarto, el que ha de ser estimado dado que, siendo patente la ausencia en el caso de una información previa y adecuada al cliente por parte de la entidad bancaria y la condición de los demandantes con ausencia de conocimientos especiales en materia financiera y de inversión, no puede concluirse -como hace la sentencia impugnada- que se trata de un contrato sencillo y de conocimiento accesible para cualquier persona. Ciertamente se trata de un contrato complejo que puede inducir a confusión en cuanto al coste de cancelación ya que no le anuda



el pago de una comisión que, al menos, sería calculable, sino unas consecuencias no determinadas para el **consumidor** que pueden ser mucho más gravosas. No se entiende, además, la razón de que se pacte un interés variable, que es fijo durante el primer año, y poco después de concertado el préstamo se lleve al prestatario a pactar otro interés fijo durante los años segundo, tercero y cuarto, todo ello -lo que resulta fundamental- sin que se acredite que se hizo saber a los contratantes que, frente al aseguramiento que se les ofrecía en cuanto al posible incremento del Euribor, asumían también un importante riesgo de sufrir perjuicios económicos si se producía un descenso del mismo.

Esa falta de información es la que lleva a considerar que medió error en el consentimiento prestado por parte de los demandantes y que el mismo resulta esencial y excusable, lo que lleva a la declaración de nulidad del contrato por aplicación de lo dispuesto por los artículos 1265 y 1266 CC .

Por ello se estima el recurso, con la consecuencia de casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en primera instancia.

SEXTO.- La estimación del recurso determina que no se formule condena en costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) y la devolución a los recurrentes del depósito constituido para su interposición (Disposición Adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial). Se imponen a la entidad demandada las costas causadas por su recurso de apelación, que debió ser desestimado.

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 los demandantes don Jose Daniel y doña Patricia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18.^a), en fecha 21 de mayo de 2014, en el recurso de apelación núm. 255/2014 . **2.º-** Casar la sentencia recurrida, confirmando la dictada en primera instancia. **3.º-** Condenar a la entidad demandada Bankinter S.A. al pago de las costas causadas por su recurso de apelación. **4.º-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso, con devolución a los recurrentes del depósito constituido para su interposición. 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.