



Roj: **STS 2639/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2639**

Id Cendoj: **28079110012017100388**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **2527/2014**

Nº de Resolución: **403/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7301/2014,**
STS 2639/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 2527/2014 por la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1268/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 91 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Carlos Piñeira de Campos en nombre y representación de la mercantil La Coherencia S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación dicho procurador en calidad de recurrente y la procuradora doña Rocío Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Carlos Piñeira de Campos, en nombre y representación de la mercantil La Coherencia S.L. interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don José Luis Rodríguez-Piñero Fernández contra 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:

«Con íntegra estimación del presente escrito:

»A) Declare, y condene a la demandada a estar y pasar por la declaración, la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por los litigantes el 24 de enero de 2007 por concurrir, en méritos de lo expuesto, error como vicio invalidante en la prestación del consentimiento de LA COHERENCIA, SL;

»B) Condene a la demandada BANKINTER, SA a abonar a LA COHERENCIA, SL la cantidad de 134.331,82 euros.

»C) Condene a la demandada BANKINTER, SA al pago de los intereses que legalmente corresponda sobre la anterior cantidad desde la fecha de la reclamación extrajudicial, a 16 de marzo de 2011.

»Y, todo ello con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la demandada, de conformidad con el principio de vencimiento establecido en el artículo 394 LEC ».

SEGUNDO .- La procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., y asistido del letrado don Esteban Barreda Becerra contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Íntegramente desestimatoria de la demanda, e imponga las costas a la parte actora».



TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 91 de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil LA COHERENCIA S.L contra la entidad BANKINTER S.A, debo declarar y declaro la nulidad del contrato suscrito por las citadas partes el día 24 de enero de 2007, denominado «*contrato de gestión de riesgos financieros*», por haber existido un error excusable de la actora, y en consecuencia, debo condenar y condeno a la citada entidad demandada a devolver a los actores el importe de 134.331,82 euros, devengando el citado importe el interés legal desde el día 18 de marzo de 2011 y el del artículo 576 LEC desde la presente resolución; todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por BANKINTER S.A., contra la sentencia dictada en fecha 26 de septiembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 91 de los de Madrid , en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante dicho Órgano Judicial con el número 1268/2011, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la resolución recurrida y, en su lugar, DESESTIMANDO LA DEMANDA absolviendo a la demandada de los pedimentos que contra ella se formulaban en la misma, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ninguna de las instancias».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de La Coherencia S.L., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Vulneración del artículo 24 CE . Segundo.- Vulneración del artículo 24 CE . Tercero.- Vulneración artículo 24 CE . Cuarto.- Vulneración artículo 24 CE . El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Vulneración de los artículos 78 y 79 Ley 24/1988 del Mercado de Valores , artículos 1 y 2 del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo y los artículos 4 y 5, Anexo I y el artículo 1266 CC . Segundo.- Vulneración del artículo 7.1 del Código Civil y como doctrina jurisprudencial infringida por la sentencia recurrida se invoca la representada por las sentencias de 16 de mayo de 2014 (n.º 259/2014), 1 de julio de 2011 (N.º 529/2011) y 23 de noviembre de 2004 (N.º 1136/2004), definidoras de la doctrina de los actos propios.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de octubre de 2016 , se acordó la admisión de los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 31 de mayo del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) por error vicio en el consentimiento prestado.

Dicho contrato de permuta financiera fue anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.

II) El folleto informativo caracterizaba el producto como un instrumento adecuado para mitigar la posibilidad de una subida de tipos de interés.

III) El documento de condiciones particulares del producto financiero contenía una caracterización genérica del mismo, con referencia a un sistema de liquidaciones abierto tanto a si el cliente «paga» como si «recibe». A su vez, cláusula 6.ª, contemplaba la posibilidad de una cancelación anticipada del producto cuyo precio vendría determinado por las condiciones del mercado en el momento de dicha cancelación.

3. En síntesis, la entidad La Coherencia S.L., cliente de Bankinter S.A., tenía concertados con dicha entidad bancaria una póliza de crédito de cuenta corriente, por importe de 2.200.000 €, y una póliza de crédito para descuento, con un límite de 20.000 €.



El 24 de enero de 2007, a instancia de la entidad bancaria las partes suscribieron un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y un contrato de permuta financiera denominado «Clip Bankinter 07-1.3» por un nominal de 3 millones de euros, con fecha de inicio de 30 de enero de 2007 y vencimiento el 30 de julio de 2010.

La ejecución del producto financiero dio lugar al pago de unas liquidaciones negativas por importe de 144.583,33 €, frente a unas liquidaciones positivas de 10.216,51 €.

El 3 de junio de 2009, el cliente interesó información acerca del coste de cancelación del producto que ascendía, en ese momento, a 113.962,68 €, aproximadamente.

El 30 de noviembre de 2010, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), en respuesta a la reclamación presentada por el cliente, concluyó que la entidad bancaria no disponía de información suficiente sobre el cliente para valorar la adecuación del producto a su perfil de riesgo, que la información contenida en la publicidad del producto no se ajustaba a los requisitos exigidos por la normativa, y que la información acerca del coste de cancelación resultaba también insuficiente.

4. En este contexto, la entidad la Coherencia S.L, presentó una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaba la nulidad del contrato de permuta financiera por error vicio en el consentimiento prestado, junto con la restitución recíproca de las prestaciones realizadas.

La entidad bancaria se opuso la demanda y solicitó su desestimación.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró que la información suministrada tanto en el folleto publicitario, como en el documento de confirmación de la permuta financiera, resultaba insuficiente acerca del correcto funcionamiento del producto financiero y de sus riesgos asociados. Resaltó que no se habían realizado simulaciones prácticas del producto y que los avisos de riesgo eran inconcretos. También que la información acerca del coste de cancelación resultaba insuficiente y que el pago de las liquidaciones negativas no suponía un acto de confirmación del contrato.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En síntesis, consideró que la información suministrada en la oferta y documentación del contrato era suficiente, pues se hacía referencia a periódicas liquidaciones que podían ser «positivas» o «negativas» para el cliente. A su vez se advertía de los posibles «gastos» que podía acarrear la cancelación del producto, y las partes reconocían disponer de suficientes conocimientos y experiencia, bien directamente o a través de asesores, para evaluar y entender los términos y condiciones del contrato.

También destacó la experiencia profesional del representante legal de la empresa, administrador de varias empresas, y que del interrogatorio realizado a dicho representante y a los empleados de la entidad bancaria concluía que fue informado acerca de la posibilidad de que se pudieran practicar liquidaciones negativas.

Por último, consideró confirmado el contrato por la percepción de las liquidaciones positivas que se derivaron del producto financiero.

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articulan cuatro motivos.

En dichos motivos, denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE) por haber incurrido la sentencia recurrida en un error patente, notorio y manifiesto en la valoración de la prueba. En el motivo primero, cuestiona que el folleto publicitario contenga una información suficiente sobre el alcance del riesgo asumido por el cliente. En el motivo segundo, cuestiona que el representante legal de la empresa tuviera conocimiento o experiencia en la contratación de permutas financieras. En el motivo tercero, cuestiona que del interrogatorio realizado se desprenda que el cliente fue informado de la posibilidad de liquidaciones negativas «sin límite». Por último, en el motivo cuarto, cuestiona que la demandante tuviera un perfil profesional y financiero muy alto.

2. Los motivos deben ser desestimados.

La recurrente, en el desarrollo de los indicados motivos, plantea cuestiones y valoraciones sustantivas que resultan improcedentes con la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 473.2.1 LEC, en relación con el artículo 469.1 LEC).

Recurso de casación.



TERCERO.- *Contrato de permuta financiera anterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial sobre confirmación de permutas financieras.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articulan dos motivos.

2. En el motivo primero, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores , la infracción de los artículos 1 y 2 del RD 629/1993, de 3 de mayo , junto con los artículos 4 y 5 de su anexo; todos ellos con relación al artículo 1266 del Código Civil . Así como la vulneración de la doctrina jurisprudencial de esta sala contenida en las SSTS 840/2013, de 20 de enero de 2014 , 41/2014, de 17 de febrero , 384/2014, de 7 de julio y 387/2014, de 8 de julio . Argumenta que el incumplimiento de los deberes de información, por parte de la entidad bancaria, ha comportado el error vicio del consentimiento prestado por el cliente en la contratación del producto financiero.

3. El motivo debe ser estimado.

Constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis LMV), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación, Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre).

4. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica del folleto informativo o del contrato. Ni tampoco con la sola firma o suscripción de dicho contrato.

En este sentido, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 6761/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación 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. 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.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del 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 1.ª 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. Se trata, por tanto, que la entidad bancaria ofrezca al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias que para el cliente puedan derivarse del funcionamiento del producto y de los elevados costes que puede presentar la cancelación anticipada del producto.

La omisión de este deber 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 este deber que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error. 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. En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 595/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...] Hemos declarado que el hecho de *que* el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, 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 del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 54912015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues 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, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

6. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 7.1 del Código Civil en relación con la doctrina de los actos propios. Con cita de las SSTs 259/2014, de 16 de mayo, 529/2011, de 1 de julio y 1136/2004, de 23 de noviembre. Argumenta que la percepción de las liquidaciones positivas no pueden ser consideradas como un acto propio confirmatorio del contrato celebrado.

7. El motivo debe ser estimado.

La sentencia recurrida, al considerar que la percepción de las liquidaciones positivas es constitutiva de una confirmación tácita del cliente, subsanadora del error vicio del consentimiento otorgado, se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala relativa a la confirmación de los contratos de permuta financiera.

En este sentido, en la sentencia 503/2016, de 19 julio, tenemos declarado lo siguiente:

«[...] 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».

8. La estimación de los motivos indicados comporta la estimación del recurso de casación. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Bankinter S.A., y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

CUARTO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de costas de dicho recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

3. La estimación del recurso de casación comporta, su vez la desestimación del recurso de apelación de la demandada, Bankinter S.A., por lo que procede su condena a las costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.



4. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad La Coherencia S.L., contra la sentencia dictada, con fecha 18 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.ª, en el rollo de apelación n.º 173/2013 . 2. Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación procesal contra la citada sentencia, que casamos y anulamos, y al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Bankinter S.A., y, en consecuencia, confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 91 de Madrid, de 23 de septiembre de 2012 , dictada en el juicio ordinario 1268/2011. 3. Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente. 4. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 5. Condenar a la parte demandada apelante a las costas de su apelación. 6. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres