

Roj: **STS 325/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:325**Id Cendoj: **28079110012016100019**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **2375/2012**Nº de Resolución: **25/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CO 1535/2012,**
STS 325/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por D.º Gaspar y D.ª Ramona , representados ante esta Sala por la procuradora D.ª María Lourdes Fernández-Luna Tamayo y asistida por el letrado D. Carlos Castejón Montijano, contra la sentencia núm. 277/2012 dictada el diecinueve de junio de dos mil doce, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el recurso de apelación núm. 275/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2092/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Córdoba, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida Bankinter, S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses y asistida por el letrado D.º Borja Fernández de Trocóniz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- La procuradora D.ª Miriam Martón Guillén, en nombre y representación de por D.º Gaspar y D.ª Ramona , interpuso demanda de juicio ordinario contra "Bankinter, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la que se estime íntegramente la presente demanda y en su consecuencia:

»Se declare la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros suscrito entre mis representados y Bankinter con fecha 13 de febrero de 2007, con la consiguientes restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones trimestrales ya producidas y que se pudieran llegar a practicar hasta la ejecución de sentencia conforme a las especificaciones del contrato antes referido; todo ello con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 9 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Córdoba y fue registrada con el núm. 2092/2010 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D.º Francisco Javier Aguayo Corraliza, en representación de "Bankinter, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Córdoba, dictó sentencia núm. 85/2012 de fecha treinta de marzo de dos mil doce , con la siguiente parte dispositiva: «Que, estimando la demanda presentada por la representación legal de D. Gaspar y por D.ª Ramona , contra la entidad Bankinter, S.A., declaro la nulidad del contrato celebrado entre las partes de fecha



de 13 de febrero de 2007, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las pretensiones que hubiesen sido objeto de los mismos, a tenor de las liquidaciones trimestrales ya producidas y que se pudieren llegar a practicar hasta la ejecución de la sentencia conforme a las especificaciones del contrato antes referido, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Bankinter, S.A." La representación de D.º Gaspar y D.ª Ramona se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, que lo tramitó con el número de rollo 275/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 277/2012 en fecha diecinueve de junio de dos mil doce, cuya parte dispositiva dispone: «**FALLAMOS:** Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Aguayo Corraliza, en representación de la entidad Bankinter, S.A. siendo parte apelada D. Gaspar y Dª Ramona, representados por la Procuradora Sra. Martón Guillén, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba de fecha 30 de marzo de 2012, la cual revocamos y en su lugar acordamos desestimar la demanda formulada por los Sres. Gaspar y Ramona contra la mencionada entidad bancaria, a la que absolvemos de las pretensiones contra ella formuladas, sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales de primera instancia.

»No procede hacer pronunciamiento especial en materia de costas de esta alzada.

»Devuélvase a la parte recurrente la totalidad del depósito constituido para la interposición del recurso».

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora Dª Miriam Martón Guillén, en representación de D.º Gaspar y D.ª Ramona, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«**Primero.-** Por el cauce del art. 477.2.3º de la LEC, se denuncia que la Sala sentenciadora, ha incurrido en infracción, en el concepto de violación por interpretación errónea, del párrafo 1º del artículo 1266 del Código Civil en relación con el 1265 y 1261 del mismo cuerpo legal, aplicables al caso, entrando en contradicción con las sentencias firmes de las Audiencias Provinciales que seguidamente invocaremos al resolver, con ocasión de la aplicación o interpretación del mismo artículo citado como infringido, los puntos o las cuestiones debatidas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de este recurso, lo que fundamenta el interés casacional del mismo».

«**Segundo.-** Por el cauce del art. 477.2 apartado 3º de la LEC al entender que la resolución del presente recurso presenta interés casacional pues va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida por ir en contra del criterio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil y 1265 y 1261 del mismo Cuerpo legal.»

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha veinticinco de noviembre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue: «1. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gaspar y Dª Ramona contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 19 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, en el rollo de apelación nº 275/2012, dimanante del juicio ordinario nº 2092/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba.

» 2. Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida para que formalice su oposición, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».

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

NOVENO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 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 7 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- Mediante escritura pública de 5 de febrero de 2007, D.º Gaspar y D.ª Ramona (empresario autónomo en el sector de la joyería y acompañante de autobús escolar, respectivamente) adquirieron un piso vivienda y una plaza de aparcamiento, y se subrogaron en el préstamo con garantía hipotecaria constituido a favor de Bankinter SA sobre la vivienda adquirida por un importe de 204.027,60 €, a abonar en 30 años con 360 cuotas mensuales y a un tipo de interés de Euribor + 0,45.

El 13 de febrero de 2007, tras un ofrecimiento de Bankinter para cubrir el riesgo de subida de los tipos de interés, los demandantes concertaron con Bankinter un contrato denominado "Contrato de Gestión de Riesgos Financieros" (también aparecía la denominación "Clip Bankinter"), consistente en un swap de tipos de interés, con un nocional que coincidía con el capital objeto del préstamo. Tras recibir liquidaciones positivas de pequeña cuantía durante aproximadamente dos años, a partir de la liquidación de febrero de 2009 empezaron a recibir liquidaciones negativas de elevada cuantía, en relación al nocional del swap.

2.- D.º Gaspar y D.ª Ramona interpusieron en 2010 una demanda en la que solicitaban que se declarara la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros suscrito con Bankinter el 13 de febrero de 2007, por error vicio derivado de la defectuosa información suministrada antes de la firma del contrato, sobre todo en relación con los riesgos del producto relacionados con la bajada de los tipos de interés y el coste de cancelación.

3.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad del contrato y acordó la restitución de los cargos y abonos que las partes hubieran efectuado durante la vigencia del contrato.

Consideró que Bankinter había facilitado una información muy deficitaria sobre el alto riesgo asumido por los demandantes, en un producto caracterizado por un cierto grado de complejidad, teniendo en cuenta que los demandantes son joyero, un autónomo con un riesgo comercial de 7.000 euros, el marido, y acompañante de transporte escolar, la esposa, y que el único aviso contenido en el contrato informaba de que el riesgo asumido era, en el peor de los casos, la no obtención de beneficio alguno. El contrato se habría presentado a los demandantes como un seguro contra la subida del euribor y sin coste, cuando en realidad era un producto financiero complejo, con un considerable riesgo y cuya cancelación conllevaba un importante coste. Se trataría, según el Juzgado, de un producto financiero complejo que no podía ser entendido por una persona leiga en la materia, con fórmulas no comprensibles para el ciudadano medio. No se entregaron a los clientes folletos informativos ni se le explicaron las consecuencias negativas de dicho contrato. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia hacía referencia a las exigencias del Banco de España sobre este tipo de contratos, en concreto, la necesidad de que las entidades bancarias realicen un esfuerzo adicional en la información a ofrecer a sus clientes para que estos comprendan, con ejemplos sencillos, el alcance de su decisión; se cercioren de que sus clientes son conscientes de que en escenarios de evolución bajista de los tipos de interés, las liquidaciones periódicas pueden ser negativas en cuantías relevantes.

Asimismo, el Juzgado de Primera Instancia consideraba que Bankinter no informó a los clientes de forma precisa y correcta de las consecuencias de la cancelación anticipada, pues no le proporcionó datos objetivos necesarios para comprender las consecuencias económicas negativas que tendría para los clientes hacer uso de tal facultad, mientras que el tratamiento que en el contrato se hacía de la cancelación anticipada a instancias de Bankinter era completamente diferente. Y concluía que «fue esa falta de información sobre los riesgos asumidos y sobre la posibilidad de tener importantes pérdidas económicas lo que motivó un error, que es invalidante, sobre un elemento básico del contrato y sobre condiciones que, de forma principal, motivaron la celebración del contrato», que consideraba que determinaba el carácter excusable del error.

4.- Bankinter recurrió en apelación esta sentencia. La Audiencia Provincial, sin alterar significativamente los hechos fijados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, aunque sí la valoración jurídica de los mismos, estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la declaración de nulidad del contrato y sus consecuencias. En atención a los motivos de casación y a la oposición a la admisión del recurso formulada por Bankinter, transcribimos extensamente la argumentación de la sentencia que encierra las razones fundamentales de la decisión adoptada por la Audiencia. Dice así la sentencia de apelación:

«En el presente caso debemos partir de que por la entidad Bankinter se ofertó a los demandantes, que habían suscrito unos días antes un préstamo hipotecario, un contrato mediante el que, bajo la denominación de "Contrato de Gestión de Riesgos Financieros", se pretendía (véase el Exponen I) que el cliente pudiera optimizar los riesgos financieros a los que estaba expuesto. Tales riesgos estaban referidos en la realidad a la subida desproporcionada de los tipos de interés, y en concreto del Euribor, pues lo que los prestatarios deseaban era estar cubiertos frente a esa eventual subida sustancial de los tipos.



- »El citado producto fue ofertado a los prestatarios para el aseguramiento del tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario (Euribor + 0,45), conjurando así el riesgo de una subida desorbitada de tipos [...]
- »... la cláusula tercera de las condiciones generales en relación con las liquidaciones previstas en las condiciones particulares, pone de manifiesto que se contrató entre las partes un intercambio de cuotas y el abono o cargo a favor de una u otra parte según el resultado de efectuar determinados cálculos expresamente previstos y referidos al Euribor. Conforme a dichos cálculos, se estipuló lo siguiente:
- »1. Durante el primer y segundo trimestre, el cliente pagaría el 3,75% y el banco el Euribor a 3 meses. La claridad de lo acordado es evidente.
- »2. Durante los trimestres 3 a 8, el cliente pagaría el 3,95% si Euribor era igual o menor al 4,45, o Euribor -0,10% si es mayor al 4,45%; y el banco pagaría Euribor. Tampoco surgen dudas sobre esta cláusula.
- »3. Y durante los trimestres 9 a 20, el cliente pagaría también un porcentaje determinado en función del Euribor [en el contrato consta: 4,35% si Euribor 3 meses es menor o igual a 4,75% o (Euribor 3 meses - 0,10%) si Euribor 3 meses es mayor al 4,75%], y el banco pagaría Euribor a 3 meses. No surgen tampoco dificultades en la comprensión de dicho pacto.
- »También se estableció que el tipo de interés de Euribor a 3 meses sería el publicado en la página de Reuters EURIBOR01.
- »El resultado de ello fue que durante los dos primeros años de vigencia del swap, se produjeron liquidaciones positivas para los demandantes, concretamente desde el 21/5/07 al 20/2/09, resultando por tanto beneficioso para éstos los efectos del contrato, aunque por cantidades no elevadas; pero a partir de la liquidación practicada el 20/5/09, comienzan a producirse liquidaciones negativas, ciertamente por cantidades elevadas. Y es cuando se reciben las liquidaciones negativas dos años después de celebrado el contrato, cuando se reacciona solicitando la nulidad de éste.
- »No existen motivos suficientes para considerar que ha existido un déficit informativo determinante de la nulidad pretendida ni un error en la formación del consentimiento contractual. El resultado fue el pactado, aunque haya resultado desfavorable para el cliente a partir del comienzo del tercer año de vigencia del contrato. Se efectuó una apuesta al Euribor, pues el resultado del contrato se hacía depender de la evolución del mismo, pero a diferencia de otros casos que esta Sala ha conocido y anulado por error en la conformación del consentimiento contractual, en el presente no puede decirse que se haya encubierto un mecanismo especulativo de difícil inteligencia utilizado por la entidad bancaria aprovechándose de que se encuentra en una posición más que ventajosa frente al cliente en cuanto que aquélla por su propia estructura y actividad dispone de la información o de los medios necesarios para conocer con cierta precisión la evolución de los tipos de interés en el corto-medio plazo».
- Por otra parte, la sentencia niega que en este caso haya existido una caso de asimetría:
- «Es cierto que las condiciones del contrato de swap fueron fijadas unilateralmente por el banco, pero también lo es que frente a otros casos en los que se constata la dificultad en el entendimiento del funcionamiento del contrato, en el presente tal dificultad no se evidencia, pues basta con efectuar los correspondientes cálculos matemáticos simples para advertir del resultado del contrato en el caso de que se produjera una bajada significativa de tipos de interés. La simple lectura de las condiciones particulares pone de manifiesto que si el Euribor cae, por ejemplo, al 2% el cliente debía pagar el 3,95% durante los trimestres 3 a 8, y el 4,35% durante los trimestres 9 a 20. O, dicho de otro modo, si los tipos de interés bajan por debajo del 4,45% (trimestres 3 a 8) o del 4,45% (trimestres 9 a 20), es claro que el cliente debía pagar al banco más de lo que recibía (Euribor a 3 meses), con el consiguiente perjuicio para aquél, pero sin que ello suponga que deba anularse el contrato, por más que los demandantes estuvieran en la creencia de que lo que habían firmado era sólo para cubrir una eventual subida significativa de los tipos de interés, pues claramente podían haber salido de esa falsa creencia con una lectura sosegada del contrato.
- »Tampoco puede predicarse de los demandantes una carencia de instrucción que no les hubiera permitido comprender el alcance del contrato firmado. Consta que el Sr. Gaspar es empresario de joyería desde hace 25 años y la Sra. Ramona ayudante en transporte escolar. [...]
- »... el deber de información de la entidad bancaria viene impuesto por la específica normativa sobre la materia constituida fundamentalmente por la Ley del Mercado de Valores [...] siendo exigible con especial intensidad [...] Pero también lo es que el clausulado del contrato no se presenta tan complejo como para exigir mayores labores informativas de las ofrecidas (el actor reconoce que le llamaron del banco en una ocasión y le explicaron varias cosas con bolígrafo)



»Del mismo modo, tampoco puede hablarse de error en la estipulación relativa a la cancelación anticipada, pues expresamente se dice en la cláusula 6ª de las condiciones generales que en tales casos el resultado económico de la cancelación vendría determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado, hablándose incluso de la obligación de resarcir al banco del posible perjuicio que se le pudiera causar en caso de esa cancelación anticipada. La citada cláusula presenta, desde luego, cierta oscuridad, pero como ya dijimos, entre otras, en nuestra sentencia de 8/4/11 (Rollo 105/11), la nulidad de dicha cláusula no implica la nulidad del contrato concertado, puesto que la nulidad del contrato ha de versar sobre algún elemento esencial del mismo, de tal forma que la falta de éste determinará aquella por no poder subsistir el contrato sin ese concreto particular esencial para su consideración como tal, lo que no ocurre en el presente caso puesto que eliminada la cláusula que regula lo relativo a ese desistimiento unilateral a favor del cliente, el contrato subsiste sin ningún problema, esto es, no es un elemento esencial, su falta en nada afectaría a la validez y vigencia del contrato como un conjunto equilibrado.

»En definitiva, y como ya decíamos en la sentencia de 28-5-12 antes mencionada, el contrato tal y como se plantea en los ejemplares suscritos y cuya nulidad se pretende con la demanda, no tiene complejidad que excluya que un cliente normal tome conocimiento de los riesgos que entraña, pues se desprenden del clausulado pactado, y debe estarse a lo concertado conforme al principio de conservación del contrato. Otra cosa será que no se haya leído con detenimiento el contrato, al margen de la previa información recibida, para comprender que se trataba de dar estabilidad la cuota a pagar del préstamo con garantía hipotecaria previamente concertado, no siendo de recibo que sólo cuando por la evolución bajista del tipo de referencia del tan citado préstamo se giran liquidaciones contra el cliente, se busque complejidad y oscuridad. Y en cualquier caso se descarta que existiera error excusable en los demandantes, todo lo cual determina que proceda la estimación del recurso y consiguiente desestimación de la demanda».

5. Los demandantes han recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, con base en dos motivos.

Bankinter se ha opuesto a la admisión del recurso de casación, porque no queda justificado el interés casacional. La alegación de inadmisibilidad no puede estimarse porque se ha justificado suficientemente el interés casacional. Al tiempo de dictarse la sentencia recurrida existía jurisprudencia contradictoria sobre la apreciación del error vicio en los contratos de swap, y en concreto sobre los aspectos que la propia Bankinter resalta (si basta con la información que se desprende del clausulado de un contrato de swap en el caso de clientes con un nivel de educación que puede considerarse normal, y las implicaciones de que el contrato de swap sea un contrato complejo). De hecho, esta disparidad de criterios en la Audiencias determinó que esta Sala dictara la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014.

Tampoco es cierto que sea artificioso el cuestionamiento del razonamiento referido a que el cliente solo reaccionó cuando recibió liquidaciones negativas, al ser, según Bankinter, una cuestión no tomada en consideración en la sentencia de la Audiencia Provincial para desestimar la pretensión de los clientes, puesto que la sentencia afirma: «no siendo de recibo que sólo cuando por la evolución bajista del tipo de referencia del tan citado préstamo se giran liquidaciones contra el cliente, se busque complejidad y oscuridad».

SEGUNDO.- Formulación de los motivos del recurso.

1.- El primer motivo del recurso se encabeza así: «Por el cauce del art. 477.2.3º de la LEC, se denuncia que la Sala sentenciadora, ha incurrido en infracción, en el concepto de violación por interpretación errónea, del párrafo 1º del artículo 1266 del Código Civil en relación con el 1265 y 1261 del mismo cuerpo legal, aplicables al caso, entrando en contradicción con las sentencias firmes de las Audiencias Provinciales que seguidamente invocaremos al resolver, con ocasión de la aplicación o interpretación del mismo artículo citado como infringido, los puntos o las cuestiones debatidas por la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de este recurso, lo que fundamenta el interés casacional del mismo».

2.- En el motivo se cuestiona la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial de que no es admisible que el cliente reaccionara solo cuando recibió liquidaciones negativas; que basta con la lectura del contrato de swap para formar correctamente el consentimiento, aunque los clientes no sean profesionales de la contratación financiera, sin necesidad de que la entidad bancaria haya ofrecido información complementaria, cuando se trata de un contrato de alto riesgo que encierra una apuesta sobre las subidas o bajadas del euribor, lo que, de existir el error, lo haría inexcusable; que el error en la contratación de swaps, con base en la natural confianza del cliente en el banco y la insita complejidad de las estipulaciones contenidas en los mismos de cuya simple lectura no puede una persona no experta en contratos bancarios u operaciones financieras llegar al conocimiento de que en realidad estos contratos, más que cubrirles frente a eventuales subidas de los tipos de interés, encierran en realidad una apuesta en función de las fluctuaciones alcistas o bajistas del euribor.



3.- El segundo motivo del recurso lleva este encabezamiento: «Por el cauce del art. 477.2 apartado 3º de la LEC al entender que la resolución del presente recurso presenta interés casacional pues va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida por ir en contra del criterio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil y 1265 y 1261 del mismo Cuerpo legal .»

4.- En este motivo, los recurrentes alegan que si la Audiencia Provincial reconoce que los demandantes, al suscribir el contrato, pretendían cubrirse frente a subidas desproporcionadas del interés del préstamo hipotecario suscrito unos días antes, el Banco les indujo a suscribir un contrato que tenía otra finalidad, que era realizar una apuesta sobre el euríbor, con el agravante de que la propuesta la hace el Banco, que cuenta con la confianza del cliente y con unos conocimientos muy superiores respecto del otro "jugador".

5.- Al versar los motivos sobre la infracción de los mismos preceptos legales (los que regulan la nulidad del contrato por error vicio en el consentimiento) y estar estrechamente relacionados los argumentos expuestos en uno y otro, es aconsejable resolverlos de modo conjunto.

TERCERO.- Decisión de la Sala. El error vicio en los contratos de swap provocado por el incumplimiento de los deberes de información del banco.

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014 de 8 de julio , 110/2015 de 26 de febrero , 491/2015, de 15 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , 550/2015, de 13 de octubre , 559 y 562/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 595/2015 y 610/2015, 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 , y 742/2015, de 18 de diciembre , entre otras.

Concretamente, 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 547/2015, de 20 de octubre , 559/2015, de 27 de octubre , 560/2015, de 28 de octubre , 562/2015, de 27 de octubre , y 742/2015, de 18 de diciembre .

Tales resoluciones conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

2.- Cuando se suscribió el contrato de swap objeto de este recurso, todavía no estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, ni el Real Decreto 217/2008.

En todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción del contrato fue ofrecida por el Banco a los clientes), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En el caso objeto del recurso ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y necesidades financieras del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor y a sus necesidades. 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 de 20 de enero de 2014), respecto de un autónomo del ramo de la joyería, con un riesgo comercial de 7.000 euros en aquel momento, y una acompañante de autobús escolar, para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda y la plaza de garaje, 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.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes 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.- El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable al contrato suscrito entre las partes por razón de su fecha, 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 estos 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».

4.- En este caso, partiendo de los propios hechos considerados acreditados en la instancia, no puede considerarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato de swap. Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala. En particular, la sentencia de la Audiencia Provincial no considera relevante para apreciar la existencia de error vicio que Bankinter no informara de manera clara al cliente de la verdadera naturaleza del contrato y de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos, pues consideró suficiente una información no especificada, dado que no se llega a concretar en qué consistió, que habría sido mencionada en la testifical "parcial" de los empleados de Bankinter.

Hemos dicho en anteriores resoluciones que 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, S.A." 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.- Asimismo, como argumento principal, la Audiencia Provincial consideró suficiente la propia redacción del contrato, que haría innecesaria cualquier información complementaria.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap. Pese a que la redacción del contrato objeto del recurso no presente la elevada dificultad que presentan otros swaps, en este tipo de contratos complejos, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las fórmulas financieras contenidas en el contrato (y de ahí que la normativa tanto preMiFID como la dictada en desarrollo de la Directiva MiFID exija a las empresas de servicios de inversión una obligación de información muy reforzada a sus clientes no profesionales), la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para los demandantes.

6.- La sentencia de la Audiencia Provincial reconoce que los riesgos frente a los que creían protegerse los clientes al firmar el swap que les ofreció Bankinter eran los de una subida desproporcionada del tipo de interés del préstamo hipotecario a interés variable que habían suscrito. Sin embargo, el riesgo que acaeció y que supuso un grave quebranto patrimonial para los clientes fue el de bajada del tipo de interés, puesto que el



contrato de swap, en realidad, constituía una apuesta sobre la evolución del euríbor, campo este en el que la información de que disponía Bankinter era claramente superior a la que tenían los clientes.

En estas circunstancias, no puede aceptarse la afirmación de la sentencia recurrida de que no existió déficit informativo. Por el contrario, Bankinter incumplió sus deberes de información, lo que determinó que mientras los clientes creían asegurarse frente a subidas desorbitadas del euríbor, estaban concertando un contrato aleatorio que suponía, en palabras de la Audiencia, una apuesta sobre la evolución del euríbor y que iba a provocarles graves pérdidas como consecuencia de la bajada del euríbor.

La normativa reguladora de la contratación de estos productos financieros, también la preMiFID, exige a la empresa de inversión que suministre a sus clientes una información imparcial. Sin embargo, Bankinter no informó a los clientes de que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Llevan razón los recurrentes cuando invocan que Bankinter defraudó la confianza que el cliente bancario tiene en su banco al no suministrarles la información adecuada, como exige la normativa reguladora de los mercados de valores.

Bankinter tampoco informó a los clientes sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho en sentencias anteriores, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la "apuesta" que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, de una cuantía considerable. Bankinter tampoco lo hizo, y los demandantes resultaron sorprendidos por unas liquidaciones negativas abultadas, en relación con el importe del notional contratado.

También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso. No es aceptable la afirmación de la Audiencia de que, en todo caso, el error sobre el coste de cancelación (en el que reconoce que la cláusula que lo regulaba presentaba « cierta oscuridad ») constituiría un error no invalidante, por no ser sustancial. Que la cláusula sobre vencimiento anticipado pueda ser eliminada y el contrato pueda subsistir no obsta al carácter esencial de esta información por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap, desde el momento en que en el mismo se prevén una serie de "ventanas" en las cuales el cliente puede cancelarlo anticipadamente. Asimismo, la entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios que se producen por el diferente tratamiento de la cancelación anticipada según tal facultad se ejercite por el cliente o por el Banco.

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 desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

7.- Tampoco es aceptable el argumento que la Audiencia emplea para excluir la existencia de asimetría de información, consistente en que el demandante era joyero y la demandante era acompañante de autobús escolar.

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 o la de una acompañante de autobús escolar, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

La obligación de información clara e imparcial que impone la normativa del mercado de valores no protege solamente a personas analfabetas o con un nivel de instrucción muy deficiente, sino a los clientes que no sean profesionales de los mercados de valores.



8.- Bankinter prestó a los clientes un servicio de asesoramiento financiero, pues les ofertó la contratación del swap, y ello 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 minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre la verdadera naturaleza del contrato y los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado, en que consiste el error, le es excusable al cliente.

9.- Por estas razones, en relación con este producto complejo, "Bankinter, S.A." no podía obviar el análisis de la situación del cliente y de la conveniencia de su contratación, ya que debería ser consciente del tipo de cliente con el que contrataba, sin experiencia en el mercado financiero. Y no solo no se aseguró de que los demandantes reunieran las condiciones precisas para la suscripción del swap, sino que, todo lo contrario, hizo una dejación manifiesta de todas las obligaciones y cautelas impuestas por el ordenamiento jurídico para cumplir tal deber de selección del cliente e información al mismo, hasta el punto de inducir a error a dicho cliente sobre los verdaderos riesgos del producto, enlazando así las obligaciones de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, con las consecuencias invalidantes del contrato a tenor de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia.

10.- Respecto de la excusabilidad del error, declaramos en la sentencia 742/2015, de 18 de diciembre :

«[...] cada parte deberá informarse de las circunstancias y condiciones esenciales o relevantes para ella, cuando la información sea fácilmente accesible, pero la diligencia se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias de las personas. Es importante, en este sentido, destacar que la diligencia exigible para eludir el error es menor cuando se trata de una persona inexperta que contrata con un experto (Sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1982 y 30 de enero de 2003). Al experto (al profesional) en estos casos se le imponen, además, específicas obligaciones informativas tanto por la normativa general como por la del mercado financiero. Como dijimos en la Sentencia de 13 de febrero de 2007, para la apreciación de la excusabilidad del error, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso, y en el que nos ocupa, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera. Pero es que, además, como afirmamos en nuestra Sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de "error heteroinducido" por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la Sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Como afirmamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, 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. 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».

11.- También debe estimarse la impugnación del argumento de la Audiencia de que "no es de recibo" que se pida la nulidad del contrato solo cuando se producen las liquidaciones negativas. Los demandantes solo fueron conscientes del error en que habían incurrido sobre la naturaleza y riesgos del contrato cuando se produjeron las liquidaciones negativas, que por su importe eran muy desproporcionadas respecto de lo que habían sido las liquidaciones positivas. Fue entonces cuando conocieron su error sobre los extremos fundamentales del contrato (naturaleza y riesgos), sobre los cuales no habían sido correctamente informados.

12.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anulando la sentencia recurrida, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter contra la sentencia de primera instancia, que debe ser confirmada.

CUARTO .- Costas y depósito.



1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, se condene a Bankinter al pago de las costas del recurso de apelación, y no se haga expresa imposición de las costas del recurso de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.º Gaspar y D.ª Ramona contra la sentencia núm. 277/2012 dictada el diecinueve de junio de dos mil doce, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba .

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Bankinter, S.A." contra la sentencia núm. 85/2012 de fecha treinta de marzo de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Córdoba en el juicio ordinario núm. 2092/2010, que confirmamos.

3.- No procede imposición de costas del recurso de casación y se imponen a "Bankinter, S.A." las costas del recurso de apelación. Devuélvase al recurrente en casación el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.-Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.