



Roj: **STS 3709/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3709**

Id Cendoj: **28079110012016100498**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **714/2013**

Nº de Resolución: **509/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9930/2012,**
STS 3709/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 631/2012 de 26 de septiembre dictada en grado de apelación por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 659/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró, sobre nulidad de contrato. El recurso fue interpuesto por Perla Import, S.L., representada por la procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón y asistida por la letrada D.ª Patricia Gabeiras Vázquez. Es parte recurrida Bankinter, S.A., representada por la procuradora D.ª María Rocío Sampere Meneses y asistida por el letrado D. Francisco Javier Fernández Bermúdez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Silvia Roig Serrano, en nombre y representación de Perla Import, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] estimando íntegramente la demanda y que:

» 1) Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros o Clip Bankinter suscrito entre las partes en fecha 7 de febrero de 2007 y de que deriva este procedimiento judicial, por razón de contener cláusulas abusivas.

» 2) Se restituya a Perla Import, S.L., como consecuencia de la estimación de petición contenida en el precedente Apartado 1) de este Suplico, a su estado anterior a la firma del mismo, con la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por Bankinter, S.A., según el importe que se fije en Sentencia o, en su caso, en trámite de ejecución de sentencia.

» 3) Se condene a Bankinter, S.A. al pago a Perla Import, S.L. de los intereses moratorios generados por la deuda reclamada a la presente Litis, así como al pago de las costas devengadas en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 9 de abril de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Mataró y fue registrada con el núm. 659/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María del Carmen Doménech Fontanet, en representación de Bankinter, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



«[...] dicte en su día sentencia desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró, dictó sentencia núm. 47/2011 de 25 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Silvia Roig Serrano, en nombre y representación de Perla Import, S.A., contra Bankinter, S.A., representada por la Procuradora doña M^a del Carmen Domenech Fontanet, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros o clip Bankinter suscrito entre las partes el 7 de febrero de 2007 por razón de contener cláusulas abusivas; restituyendo a la actora a su estado anterior a la firma del mismo, con la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas por Bankinter, S.A, según el importe que se fije en ejecución de sentencia, condenando a la demandada al pago a Perla Import, S.L., de los intereses moratorios generados por la deuda reclamada en la presente Litis. Todo ello, con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en el procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankinter, S.A. La representación de Perla Import, S.L. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 496/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 631/2012 en fecha 26 de septiembre, cuya parte dispositiva dispone:

«Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A., revocamos la sentencia dictada en fecha 25 de febrero de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró. En consecuencia, desestimando en su integridad la demanda origen de las presentes actuaciones interpuesta por Perla Import, S.L. contra Bankinter, S.A., absolvemos a esta última de la misma, con expresa imposición a la entidad actora de las costas causadas en primera instancia y, sin que quepa efectuar especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada.

» Devuélvase a la apelante el depósito en su día constituido de conformidad con lo establecido en los apartados 3b / y 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ ».

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

1.- El procurador D. Juan Manuel Luque Toro, en representación de Perla Import, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina sobre interpretación de los contratos recogida en la Sentencia 665/2012, de 18 de octubre de 2012, referida a un contrato de permuta financiera suscrito con la entidad Bankinter, así como en la sentencia 158/2011, de 23 de marzo, tras la 711/2008, de 22 de julio, así como de la sentencia 710/2011, de 7 de octubre de 2011 y demás jurisprudencia en ella citada, que declara la nulidad absoluta ipso iure, ex artículo 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa».

«Segundo.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida, en tanto que la sentencia recurrida resuelve cuestiones sobre las que a juicio de esta parte, existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, con el fin de que el Tribunal Supremo fije la doctrina contenida en las sentencias de la sección 3^a de Burgos y la sección 1^a de León que sigue un criterio diferente a la ahora recurrida así como del de las sentencias de la sección 5^a de Zaragoza y la secc. 9^a de Valencia.

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad Perla Import, S.L. contra la sentencia dictada, el 26 de septiembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16^a), en el rollo de apelación nº 496/2011, dimanante del juicio ordinario nº 659/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró.



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

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

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- La entidad Perla Import, S.L. (en lo sucesivo, Perla Import) interpuso demanda contra la entidad Bankinter, S.A. (en lo sucesivo, Bankinter) en la que solicitó que se anulara el contrato de swap de tipos de interés («Clip Bankinter 07-2.5» concertado el 20 de febrero de 2007. Pese a la equívoca redacción del suplico de la demanda, no existe controversia sobre que la demandante solicitó la anulación del contrato por la concurrencia de un error vicio en el consentimiento, sustancial y excusable, derivado de no haber recibido la información correcta sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato.

En la demanda se alegaba que con motivo de contratar una línea de crédito con límite de 200.000 euros con Bankinter, una comercial de esta ofreció a Perla Import un "seguro" contra el riesgo de subida de los tipos de interés vinculado a dicha póliza de crédito, que resultó ser ese contrato de swap de tipos de interés, con un importe nominal de 200.000 euros y una duración de cinco años.

El tipo variable de referencia a pagar trimestralmente por el banco era el Euribor a tres meses, mientras que el cliente debía pagar los dos primeros trimestres un tipo fijo del 3,75%, los siguientes hasta el vigesimonoveno, el 3,95%, y si el Euribor a tres meses superaba el 4,45%, este último tipo de referencia menos un 0,10% (del trimestre tercero al octavo) y del 4,35% o, si el Euribor a tres meses superaba el 4,75%, dicho tipo menos un 0,10% (del trimestre noveno al vigésimo).

A principios de 2009, al rebajar Bankinter el límite de la póliza de crédito, Perla Import canceló tal póliza, pero Bankinter le exigió 20.000 euros para cancelar el contrato de swap, por lo que no fue cancelado.

Las liquidaciones periódicas realizadas desde la suscripción del contrato, en febrero de 2007, hasta mayo de 2009 supusieron para Perla Import unos ingresos de 713,49 euros, pero desde mayo de 2009 hasta noviembre de 2009 (última liquidación que constaba en la demanda), se produjeron liquidaciones negativas para Perla Import que le supusieron unos pagos de 4.583,19 euros.

Alegaba como fundamento de la demanda que Bankinter no informó a Perla Import de los riesgos del producto (liquidaciones negativas cuantiosas y coste de cancelación), que fueron desconocidos para la demandante y determinaron su error en el consentimiento.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. En su sentencia, afirmó que la contratación en el mercado financiero es compleja, con un elevado nivel técnico, que su comprensión por el inversor requiere la posesión de conocimientos o experiencia previos, encontrándose las entidades financieras en una situación de superioridad frente a sus clientes, lo que, unido a la confianza de sus clientes, determina que a las entidades financieras les sea exigible un estricto deber de información, por lo que deben suministrar a los clientes una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que resulte comprensible para el cliente, y asegurándose la entidad financiera de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales que asumirá en el futuro.

Esta información no se habría suministrado en este supuesto, puesto que del contrato (que no era de fácil comprensión) no se desprende que se pudiera dar una situación de riesgo como la acaecida, ya que el contrato señala como objeto optimizar por parte del cliente los riesgos financieros y que el cliente conoce que el instrumento contratado conlleva cierto riesgo que podría reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente. Una interpretación literal de ambas cláusulas no permite concluir que pueda darse un supuesto en el que el cliente deba pagar importantes sumas al banco, como tampoco puede concluirse de la previsión contractual de que las liquidaciones periódicas generarán un resultado positivo o negativo para el cliente. Todo lo cual no podía llevar a pensar en una situación de resultados negativos y en cuantía importante para el cliente.

Consideraba el juzgado que no estaba acreditado que el legal representante de Perla Import fuera una persona con experiencia en los mercados financieros que hubiera contratado productos similares y conociera su



funcionamiento en el mercado, por lo que concluía que el consentimiento prestado lo fue por error. Si bien no cabe imputar al banco un conocimiento de que la situación de crisis económica y financiera iba a conllevar una determinada evolución de los tipos de interés, sí le es imputable que la información sobre tal situación de riesgo en caso de que llegara a producirse no fue precisa y clara para que la demandante pudiera prestar su consentimiento con absoluta conciencia del riesgo patrimonial derivado de la operación.

Perla Import tampoco comprendió el coste que le supondría la cancelación anticipada.

Por todo ello, el Juzgado consideró que concurrió un error sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato que vició el consentimiento de la demandante, y anuló el contrato, con las consecuencias restitutorias derivadas del art. 1303 del Código Civil.

3.- Bankinter apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda.

Las razones fundamentales de la decisión de la Audiencia Provincial consistieron, resumidamente, en que aplicó a la información el estándar de exigencia propio de las exigencias del control de inclusión de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC); consideró que Perla Import contrató el swap en desarrollo de su objeto social y en calidad de comerciante, siendo su administrador licenciado en Derecho y dedicándose la sociedad, así como otra administrada por la misma persona, al sector de la joyería y la bisutería, por lo que no le es aplicable la normativa sobre consumidores y usuarios; afirmó que no había razón legal para considerar que el banco debía haber informado a la demandante de la previsibilidad del comportamiento del Euribor, pues no era un consumidor sino una sociedad mercantil cuyos administradores, por imperativo legal, han de actuar en el cumplimiento del objeto social con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal, ponderando los riesgos, en este caso financieros, de las operaciones que concierten en interés de la entidad, sin que la inobservancia de tales obligaciones puedan perjudicar a terceros que contratan confiados en la regular apariencia de la sociedad; afirmó también la Audiencia Provincial que es inherente a toda operación financiera compleja un cierto riesgo, en este caso que ante una sensible reducción del Euribor, la liquidación del swap, favorable al banco, alcanzase un importe superior a la disminución de las cuotas periódicas de amortización de los créditos del cliente inversor, y que una atenta lectura del contrato debió haberle llevado a tomar conciencia de la naturaleza del producto contratado y en especial de la posibilidad de que se produjeran liquidaciones negativas, dado el contenido de las cláusulas referidas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, relativas al cierto grado de riesgo y de resultado positivo o negativo; y respecto de la cláusula sobre cancelación anticipada, consideró la Audiencia Provincial que la previsión de un precio para tal cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de las ventanas de cancelación no era una previsión oscura, pues Bankinter no podía fijar por anticipado el precio.

Como conclusión, la Audiencia Provincial afirmó que Perla Import, por medio de su administrador, adquirió o pudo adquirir con la diligencia que le era exigible un grado de conocimiento suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero.

4.- Perla Import ha interpuesto recurso de casación contra tal sentencia, que se articula en dos motivos.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso.*

1.- El primer motivo del recurso se encabeza con el siguiente título:

«Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina sobre interpretación de los contratos recogida en la Sentencia 665/2012, de 18 de octubre de 2012, referida a un contrato de permuta financiera suscrito con la entidad Bankinter, así como en la sentencia 158/2011, de 23 de marzo, tras la 711/2008, de 22 de julio, así como de la sentencia 710/2011, de 7 de octubre de 2011 y demás jurisprudencia en ella citada, que declara la nulidad absoluta ipso iure, ex artículo 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa».

2.- El segundo motivo se encabeza con este epígrafe:

«Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida, en tanto que la sentencia recurrida resuelve cuestiones sobre las que a juicio de esta parte, existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, con el fin de que el Tribunal Supremo fije la doctrina contenida en las sentencias de la sección 3ª de Burgos y la sección 1ª de León que sigue un criterio diferente a la ahora recurrida así como del de las sentencias de la sección 5ª de Zaragoza y la secc. 9ª de Valencia».

3.- En realidad, ambos motivos son complementarios, pues en el primero se exponen las infracciones legales que se imputan a la sentencia de la Audiencia Provincial, y en el segundo se desarrolla la justificación del



interés casacional, exponiendo la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales con relación a algunos extremos relacionados con las infracciones legales referidas en el primer motivo.

4.- Las razones expuestas en el primer motivo consisten, resumidamente, en que como consecuencia de la infracción de los preceptos legales reguladores de la interpretación de los contratos, la Audiencia Provincial no ha apreciado la oscuridad de las previsiones contractuales ni la infracción de los preceptos reguladores de la información que la entidad bancaria debe facilitar a sus clientes (arts. 79 de la Ley del Mercado de Valores, LMV , y 16 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), pues existía oscuridad en las cláusulas sobre riesgos, que no permitían deducir que las cantidades a abonar por el cliente podían ser tan importantes, y sobre la cancelación anticipada del contrato.

5.- En el segundo motivo se exponía la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre las siguientes cuestiones, relacionadas con lo expuesto en el primer motivo:

«Sobre cuál es la información relevante y sobre si la entidad financiera debería haber suministrado información sobre la previsión de los tipos de interés en los que se basó para estructurar el proyecto, que se refiera, en cualquier caso, al plazo establecido para la vigencia del contrato; sobre si es posible conocer de antemano estas previsiones; así como si debió de informar sobre los posibles escenarios que se podían dar, teniendo en cuenta las previsiones, para entender cumplida la obligación de información que le incumbe».

«Sobre si los siguientes conceptos son suficientemente claros para un usuario bancario medio: (i) En caso de evolución de los tipos de interés adversa se puedan llegar a reducir e incluso anular los beneficios esperados, (ii) se producirá un cargo o un abono, (iii) coste de cancelación a precios de mercado».

«Sobre si el contrato de adhesión denominado CLIP Bankinter es un contrato desequilibrado, en tanto que existe una desproporción de las prestaciones, ya que si bien asume el cliente toda la bajada del tipo de interés, frente a una hipotética subida el banco solo subvenciona parcialmente dicha subida, hasta tal punto que el contrato ni es un producto de cobertura, ni mitiga el riesgo de subida del tipo de interés».

«Sobre si la carga de acreditar el cumplimiento de la información exigible por la normativa imperativa le compete o no a la entidad financiera».

«Sobre cuál es el estatuto de protección aplicable a las PYMES en relación con la normativa financiera anterior a MIFID y sobre si puede entender integrados los criterios de la LGCYU ex Art. 14 del Real Decreto 629/2013, de 3 de mayo , o por el contrario se le ha de exigir también en el ámbito financiero a las PYMES la diligencia normal del comerciante, sin que pueda beneficiarse de un estatuto tutelador superior al aplicable cuando actúa en su tráfico comercial ordinario».

«Sobre si comulga con la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, que impuso a las entidades de crédito la obligación de informar "a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura de riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles" un contrato en virtud del cual solo se le bonifica mínimamente la subida y se le hace asumir toda la bajada, cuando ésta es probable que suceda en un futuro inminente».

TERCERO.- *Rechazo de las causas de inadmisibilidad alegadas por Bankinter.*

1.- Bankinter realiza un amplio alegato sobre la inadmisibilidad del recurso, que no puede ser estimado.

Sobre esta cuestión, la Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , y 267/2016, de 22 de abril . Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser



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

2.- Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (Efstathiou y otros contra Grecia), 24 de abril de 2008 (Kemp y otros contra Luxemburgo), 30 de julio de 2009 (Dattel contra Luxemburgo), 5 de noviembre de 2009 (Nunes Guerreiro contra Luxemburgo) y 22 de julio de 2010 (Ewert contra Luxemburgo).

3.- En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y se ha expuesto cómo ve la parte recurrente el interés casacional, que por otra parte es evidente a la vista de cómo se plantea el problema ante los distintos tribunales de apelación. Lo que no obsta a que se hayan utilizado por la recurrente algunos argumentos que no sean correctos o que efectivamente no partan de la base fáctica sentada en la instancia y que por tanto no pueden ser acogidos.

Asimismo, Bankinter alega como causa de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión inicial.

Y la alegación de pérdida sobrevenida del interés casacional no solo no es correcta con relación al momento en que el recurso fue presentado, sino que, además, el criterio adoptado por la Audiencia Provincial es contrario al fijado con posterioridad por esta sala al resolver un número considerable de recursos cuyo objeto es la anulación del contrato de swap por concurrir error vicio del consentimiento.

CUARTO.- *Decisión de la sala. El error vicio del consentimiento en la contratación de productos financieros complejos como el contrato de swap.*

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, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo, y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras.

El presente caso no presenta elementos que determinen una desviación de la doctrina jurisprudencial sentada en estas sentencias.

2.- La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando



sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben facilitar a estos, y refuerza su nivel de protección, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos. Por tal razón, el hecho de que cuando se suscribió el contrato de swap entre las partes no se hubiera incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MiFID puede justificar que no se apliquen los requisitos formales introducidos por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, o que no se utilicen las categorías legales establecidas en la misma (por ejemplo, en la clasificación de los clientes), pero no puede excusar a la entidad bancaria de cumplir un alto estándar de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información frente a sus clientes, tanto para recabar información sobre el perfil y necesidades financieras de dicho cliente como para transmitir a este la información suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrece, especialmente cuando se trata de un producto financiero complejo que se ofrece a cliente no experto en este tipo de productos financieros.

3.- Por otra parte, la Directiva MiFID no solo se encontraba ya en vigor cuando se concertó el contrato, sino que había transcurrido ya el plazo de transposición de la misma, dado que finalizó el 30 de abril de 2006, de acuerdo con lo establecido en el art. 70 de la Directiva, pese a lo cual no había sido transpuesta.

En nuestra sentencia 244/2013, de 18 de abril, respecto de un contrato concertado cuando la citada Directiva se encontraba ya en vigor pero no había transcurrido el plazo de transposición, afirmamos:

«Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13 /CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

La influencia interpretativa de las Directivas es aún más considerable cuando ha transcurrido el plazo de transposición sin que hayan sido transpuestas al Derecho interno. La elevación en el nivel de protección del cliente que supone la citada Directiva debe ser utilizado como criterio hermenéutico en la interpretación de la normativa interna, que debe ser interpretada a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva para obtener el resultado perseguido por la Directiva no transpuesta en plazo. Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 11 de julio de 1996, caso *MPA Pharma GmbH contra Rhône-Poulenc Pharma GmbH*, declaró:

«En primer lugar, es Jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48; de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 6, y de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20). Sin embargo, según esta jurisprudencia, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado perseguido por esta y atenerse así al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE ...».

4.- La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de esa directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones



con sus clientes». Estas obligaciones de las empresas de inversión son reforzadas y protocolizadas por la posterior Directiva MiFID que, como se ha dicho, también tiene trascendencia interpretativa por la fecha en que se suscribió el contrato de swap.

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

«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».

5.- El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características del producto financiero complejo que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

No basta que, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, la información contenida en el contrato cumpla las exigencias del control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC. Para cumplir las exigencias de la normativa sectorial, es necesario que la entidad bancaria recabe información sobre el perfil y las necesidades inversoras del cliente y que al proponerle la contratación de un producto financiero complejo, como es el swap, le suministre una información precontractual clara, imparcial y no engañosa, con suficiente antelación. Con la simple lectura del documento contractual no es posible, al contrario de lo que afirma la Audiencia Provincial, que una persona no versada en este tipo de productos financieros, por más que sea empresario, comprenda no solo la naturaleza del contrato que está suscribiendo sino, sobre todo, los riesgos en los que está incurriendo para el caso de que baje el tipo de interés de referencia o pretenda cancelar anticipadamente el contrato para evitar las graves pérdidas que en tal caso se producen. Por eso es necesario que la entidad bancaria que ofrece el producto facilite información clara, no engañosa, imparcial y suministrada con suficiente antelación para que el cliente la pueda estudiar y comprender.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del



ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

No puede descartarse el carácter excusable del error con la afirmación de que es inherente a toda operación financiera compleja un cierto riesgo o que el administrador de la sociedad demandante pudo adquirir con la diligencia que le era exigible un conocimiento suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto contratado. La normativa sectorial imponía a la entidad bancaria una diligencia profesional específica para recabar información sobre el perfil y necesidades del cliente y para facilitarle información clara, imparcial, no engañosa y con antelación suficiente, haciendo hincapié en los riesgos del producto ofertado, y al no hacerlo, el error en que incurrió el cliente es no solo sustancial, al recaer sobre las presuposiciones principales que llevaron al cliente a contratar el swap, sino también excusable.

6.- La Audiencia Provincial no aplica el elevado nivel de exigencia que resulta de tales normas y afirma erróneamente que el contrato de swap permite su comprensión con una «atenta lectura», cuando en realidad se trata de un producto complejo respecto del que la normativa sectorial exige una información clara, imparcial, no engañosa y facilitada con suficiente antelación, de modo que la entidad de inversión se asegure de que el cliente comprende la naturaleza del producto y los riesgos reales que está asumiendo.

El contrato de swap es un contrato complejo, difícil de entender para quien no sea un contratante experto en este tipo de productos financieros. El contrato cuya anulación se solicita, y en concreto de su aviso de riesgos, contiene una información que no cumple los estándares exigentes de la normativa reguladora del mercado de valores. Hemos dicho en anteriores resoluciones que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, 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, interpretadas conforme a la letra y la finalidad de las Directivas mencionadas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial y que por tanto se puede producir un cargo o un abono.

Es más, la afirmación de que el producto conlleva cierto riesgo que puede llevar a reducir o incluso anular el beneficio económico esperado es engañosa, en tanto que oculta que en caso de una bajada considerable del tipo de interés de referencia pueden producirse liquidaciones negativas en cuantía muy elevada.

No se trata, como afirma la recurrente en algún pasaje de su recurso, de que Bankinter pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés. Pero sí era exigible 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 costes de la cancelación anticipada, lo que incluye simulaciones que tengan en cuenta los diversos escenarios posibles, incluidos los más negativos para el cliente.

7.- El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil, y que su administrador fuera licenciado en Derecho, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, 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, en este caso dedicado al sector de la joyería y la bisutería, o la del licenciado en Derecho, título que tenía su administrador, 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 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , 651/2015, de 20 de noviembre , 31/2016, de 4 de febrero , 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» (sentencias 676/2015, de 30 de noviembre , 31/2016, de 4 de febrero , y 331/2016, de 19 de mayo).

8.- En el presente caso, Bankinter no informó al cliente 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, o la entidad a la que este sirve de intermediario, 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.



Bankinter tampoco informó al cliente 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. Además, al realizar simulaciones de la cancelación y del coste que esta supondría, se permite al cliente tomar conciencia de cuál puede ser el coste aproximado de la cancelación, y de que tal cancelación puede suponerle, en caso de evolución negativa de los tipos de interés, un importante desembolso, lo que no es posible prever si toda la información que se facilita al cliente consiste en un inciso del contrato que prevé la fijación del coste de la cancelación conforme al precio de mercado.

9.- Todo lo cual lleva a la conclusión de que la ausencia de información adecuada y suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto complejo contratado determinó en la demandante, entidad mercantil no dedicada a la contratación de este tipo de productos complejos y sin perfil de contratante experta en este ámbito, un error sustancial e inexcusable que vició su consentimiento.

No es procedente entrar en las demás cuestiones alegadas en el segundo motivo del recurso, al no ser relevantes para decidir sobre la acción ejercitada, o al ser erróneas o partir de premisas fácticas distintas de las sentadas en la instancia.

Por tal razón, el recurso debe estimarse, debe casarse la sentencia de la Audiencia Provincial, y debe desestimarse el recurso de apelación, con la consiguiente confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

QUINTO.- *Costas y depósito.*

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las ocasionadas por el recurso de casación, y que se impongan a Bankinter las costas devengadas por el recurso de apelación, 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 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Perla Import, S.L., contra la sentencia núm. 631/2012 de 26 de septiembre, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 496/2011 . **2.º-** 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 47/2011, de 25 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró , dictada en el juicio ordinario 659/2010, que confirmamos en sus propios términos, condenando a Bankinter, S.A., al pago de las costas de apelación. **3.º-** No procede imposición de costas del recurso de casación. No procede la imposición de las costas del recurso de apelación, ni de primera instancia Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso. Líbrese 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.