

Roj: **STS 1339/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1339**Id Cendoj: **28079110012017100217**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/04/2017**Nº de Recurso: **1160/2014**Nº de Resolución: **231/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 8351/2013,**
STS 1339/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 316/10, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Prat de Llobregat; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Raser 80-95 S.L, representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña María Lourdes Madrid Sanz; siendo parte recurrida Bankinter S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1- La representación procesal de Raser 80-95 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó solicitando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«... declarando la nulidad de pleno derecho de los contratos Clips Bankinter 06 4-5, Clip Bankinter 07 8.3 y Clip Bankinter 07 8.3 actualizado concertados por esta parte con BANKINTER, S.A. y acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de mi mandante en las liquidaciones trimestrales realizadas de acuerdo con los Clips contratados, más los intereses legales y condenando al demandado la pago de las costas procesales.»

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

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

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Prat de Llobregat, dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dª Carmen Comabasosa en nombre y representación de Raser 80- 95, S.L contra Bankinter S.A, representado por el Procurador D. Antonio López Jurado, debo declarar y declaro resuelto los contratos Clip Bankinter 06 4- 5, Clip Bankinter 07 8. 3, y Clip Bankinter 07 8. 3 actualizado, concertados por Raser 80- 95, S.L con Bankinter, S.A y acordando la recíproca



restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de Raser 80- 95, S.L en las liquidaciones trimestrales realizadas de acuerdo con los Clips contratados, más el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda (27/07/2010) hasta la fecha de la presente y más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente y hasta su efectivo pago, así como las costas del presente procedimiento.»

En fecha 23 de marzo de 2011, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que rectifico la sentencia dictada en el procedimiento referenciado al margen en el sentido de suprimir en el fallo "debo declarar y declaro resuelto..." y en su lugar debe de figurar: "debo declarar y declaro nulos ...".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada, y sustanciada la alzada, la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 28 de junio de 2013 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER SA contra la sentencia dictada el 10 de marzo de 2011 , aclarada por auto de 23 de marzo de 2011 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 del Prat de Llobregat en las presentes actuaciones, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de RASER 80-95 SL absolviendo a BANKINTER SA; sin costas en la alzada; las causadas en la primera instancia se imponen a la parte actora.»

TERCERO.- La procuradora doña Anna Camps Herreros, en nombre y representación de RASER 80-95, S.L., interpuso recurso de casación por un solo motivo que se formula por la vía del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC por interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, citando como preceptos legales infringidos los artículos 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 CC , los artículos 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 58 a 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero . Igualmente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, el cual no fue admitido por falta de constitución en plazo del depósito exigido por la ley.

CUARTO.- Por esta sala se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso de casación y dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación Bankinter S.A., representada por la procuradora doña Rocío Sampere Meneses.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 22 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Raser 80-95 S.L. interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad de unos contratos de permuta financiera (swap) suscritos con Bankinter S.A. los días 20 de marzo de 2006, 15 de junio de 2007 y 25 de noviembre de 2008, fundamentando su pretensión en la existencia de error en el consentimiento prestado.

La entidad bancaria se opuso y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad solicitada respecto de los contratos Clip Bankinter 06 4- 5, Clip Bankinter 07 8. 3, y Clip Bankinter 07 8. 3 actualizado, concertados por la entidad demandante con Bankinter, S.A, y acordando la recíproca restitución de las cantidades abonadas y cargadas en la cuenta de Raser 80- 95, S.L en las liquidaciones trimestrales realizadas de acuerdo con los clips contratados, más el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda (27/ 07/ 2010) hasta la fecha de la sentencia, a lo que se añade el mismo interés, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago, condenando en costas a la entidad demandada.

Afirma la sentencia que ha quedado acreditado el hecho de que fue el banco el que ofreció el producto al cliente como un seguro de cobertura de los tipos de interés, no se hizo el test de conveniencia para comprobar si el producto era adecuado a las necesidades de la entidad demandante, no se entregó copia del contrato marco, no se hicieron simulaciones, no se entregó folleto explicativo alguno ni se informó sobre los costes de la cancelación anticipada. Del mismo modo se considera probado que la información transmitida no fue correcta al haber trasladado Bankinter a la contratante que se trataba de un producto rentable, sin riesgo alguno, haciendo hincapié en los beneficios del producto y silenciando los aspectos negativos.

Recurrida dicha sentencia en apelación por Bankinter S.A., la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11.ª) dictó sentencia de fecha 28 de junio de 2013 por la cual estimó el recurso, revocando la sentencia



de primera instancia en el sentido de desestimar la demanda. La Audiencia Provincial apoya su resolución en los siguientes extremos: A) Quien representaba a la demandante leyó los contratos pudiendo efectuar las consultas oportunas y recibir y aclarar conceptos y dudas en el momento previo a la firma. La falta de comprensión de conceptos no es imputable a la entidad bancaria; B) En los contratos se hacía expresa referencia a su funcionamiento y a los costes de cancelación del producto; y C) El carácter aleatorio del contrato determina que la entidad bancaria no tenía la obligación de ofrecer información sobre el comportamiento del Euribor.

Contra dicha sentencia ha recurrido por infracción procesal y en casación la parte demandante.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en un solo motivo, en el que se citan como preceptos legales infringidos los artículos 7, 1255, 1256, 1258, 1265 y 1266 CC, los artículos 79 y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 58 a 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, referido al control de las entidades que prestan servicios de inversión y la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores. El interés casacional se fundamenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Se cita, por un lado, la corriente jurisprudencial representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de fechas 10 de enero de 2012 y 26 de enero de 2012, así como las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.ª, de fechas 30 de enero de 2012 y 11 de octubre de 2012, las cuales establecen la obligación de la entidad bancaria de informar de forma clara y precisa sobre el riesgo del producto contratado y los posibles costes de cancelación y que la falta de esa información determina la existencia de error por vicio en el consentimiento. Por otro lado, como representativas de un criterio jurídico coincidente entre sí y opuesto al anterior, se mencionan las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.ª, de fechas 27 de septiembre de 2012 y 12 de diciembre de 2011, conforme a las cuales no constituye obligación de la entidad bancaria informar de forma clara y precisa sobre el riesgo del producto contratado y los posibles costes de cancelación, bastando con que tales circunstancias consten en el contenido del contrato, el cual consideran de fácil comprensión.

Sostiene la parte recurrente que, en el presente caso, no se proporcionó al cliente una información clara y precisa sobre los riesgos y el coste de cancelación anticipada del producto, no obstante su carácter complejo y la falta de experiencia financiera de la parte demandante, indicando que dicha parte firmó los contratos sin ser consciente del verdadero significado de lo que contrataba y del riesgo que asumía, incurriendo en un error sobre la esencia de lo pactado que invalidó su consentimiento.

TERCERO.- La jurisprudencia constante de esta Sala ha establecido que el incumplimiento por la entidad de servicios de inversión de sus deberes legales de información hace presumir el error del cliente, por lo que tal omisión en cuanto a la información debida determina que sea la propia entidad la que ha de probar que, no obstante, dicho error no existió en la contratación por parte del cliente, lo que determina que la cuestión sobre la que se plantea el interés casacional ya ha sido resuelta y, en consecuencia, la discrepancia de criterio entre las distintas Audiencias Provinciales ha de ser contemplada conforme a lo ya razonado por esta sala en sentencias, entre las más recientes, 97/2017, de 15 febrero, 141/2017, de 1 marzo, 140/2017, de 1 marzo y 163/2017, de 8 marzo.

En cuanto a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID -lo que afectaría a los dos primeros contratos cuya nulidad se solicitó- la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

Además ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus



clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El artículo 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

CUARTO .- El incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

En este caso basta leer la sentencia impugnada para comprobar que en ningún momento hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Por el contrario, se limita a insistir en imputar a la parte demandante el hecho de que firmara tras una lectura somera de los documentos sin exigir de la entidad bancaria un cumplimiento riguroso de sus deberes de información. No se atiende a que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compararse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación 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 quien tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico, en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, 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 el Banco 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.

La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos, cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, dejando sin efecto la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no se haga pronunciamiento sobre condena en costas de este recurso (artículos 394 y 398 LEC) y proceda la devolución a la parte recurrente del depósito constituido. Las costas causadas por el recurso de apelación se imponen a Bankinter S.A. en cuanto dicho recurso debió ser desestimado.

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

ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Raser 80-95 S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11.ª) de fecha 28 de junio de 2013, en Rollo de Apelación n.º 762/11 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Prat de Llobregat, en virtud de demanda interpuesta por la parte hoy recurrente contra Bankinter S.A. **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** Confirmar la sentencia dictada en primera instancia. **4.º-** No hacer especial declaración sobre costas causadas por el recurso de casación y condenar a Bankinter S.A. al pago de las costas causadas por su recurso de apelación. **5.º-** Decretar la devolución del depósito constituido para la interposición del presente recurso. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.