



Roj: **STS 1383/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1383**

Id Cendoj: **28079110012017100223**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2017**

Nº de Recurso: **159/2014**

Nº de Resolución: **228/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 16738/2013,**
STS 1383/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 391/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gavá, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de 13E Ingeniería de Infraestructuras Informáticas Especializadas S.L., representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Victorio Venturini Medina; siendo parte recurrida la entidad Bankinter,S.A. representado por la Procuradora de los Tribunales doña Rocío Sampere Meneses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don Jesús Bley Gil, en nombre y representación de Ingeniería de Infraestructuras Informáticas Especializadas S.L, interpuso demanda de juicio sobre nulidad de contrato, contra Bankinter S.A y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Se declare la nulidad del contrato CLIP BANKINTER o permuta de tipo de interés por haber sido firmado por error en el consentimiento, y en concreto, de los documentos que lo componen, el contrato de condiciones generales de gestión de riesgos financieros y el contrato de condiciones particulares firmados el 4 de abril de 2007.

»Se declare como pronunciamiento inherente a la estimación de la acción de nulidad, la restitución de la situación actual al momento en que se suscribió el contrato CLIP cuya nulidad se pretende, y en consecuencia se proceda a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados por razón del contrato de swap mencionado, y se condene a la sociedad demandada, BANKINTER, S.A. a la devolución de las cantidades pagadas por mi representada como consecuencia de las liquidaciones practicadas, más los intereses que legalmente correspondan.

»Se condene a la demandada al pago de las costas procesales».

2.º- El procurador don Antonio López Jurado González, en nombre y representación de Bankinter, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:



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

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Gavá, dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que se desestima íntegramente la demanda formulada por I3E INGENIERIA DE INFRAESTRUCTURAS INFORMATICAS ESPECIALIZADAS S.L absolviendo a la demandada de todos los pedimentos de la misma.

» se condena a la parte actora al abono de las costas del proceso».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de I3E INGENIERIA DE INFRAESTRUCTURAS INFORMATICAS ESPECIALIZADAS S.L. La Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de I3E INGENIERIA DE INFRAESTRUCTURAS INFORMATICAS ESPECIALIZADAS S.L, frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario n.º 391/11 seguido ante el Juzgado de 1.ª instancia n.º uno de Gavá, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, excepto en el pronunciamiento sobre costas, que se deja sin efecto.

»No se hace pronunciamiento tampoco sobre las costas del recurso.

»Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de I3E INGENIERIA DE INFRAESTRUCTURAS INFORMATICAS ESPECIALIZADAS S.L, con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción en las normas procesales reguladoras de la sentencia, y, en concreto, del artículo 217.3. de la LEC sobre la carga de la prueba, en relación con los artículos 386 y 376 de la LEC (artículo 469.1. 2.º). Segundo.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 386 y 376 de la LEC (469.1.4º), sobre valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. I) Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil sobre el error en el consentimiento como causa de la nulidad de un contrato, sus requisitos, y jurisprudencia aplicable.

Asimismo y relacionados con el anterior motivo se invoca la infracción de las siguientes normas: II) Infracción de lo dispuesto en la Ley 24/1988, Mercado de Valores y en concreto en el artículo 79, e infracción de lo dispuesto en el T.D 629/2003, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los valores y registros obligatorios, y en concreto, artículo 5 apartados 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 7º sobre información a los clientes. III) Infracción del artículo 1.288 del Código Civil y 1289 sobre interpretación de los contratos, y en concreto sobre la oscuridad de las cláusulas de un contrato que no deberá favorecer a quien haya causado tal oscuridad.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 30 de noviembre de 2016 se acordó admitir el recurso de casación y no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y dándose traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A, presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.º- El día 4 de abril de 2007 I3E Ingeniería de Infraestructuras Informáticas Especializadas SL suscribió con Bankinter SA un contrato denominado Clip Bankinter o contrato de gestión de riesgos, modalidad de los denominados contratos *swap*, cuya nulidad demanda por error en el consentimiento en la medida en que el citado contrato se firmó por la demandante con completo desconocimiento de lo que realmente estaba contratando.

Dice en su demanda que en 2006 contactó con el Banco demandado para obtener una línea de financiación, obteniendo un crédito de 150.000 euros de duración anual prorrogable, sujeto a interés variable. Este producto financiero fue renovado en 2007 y en años posteriores.



Como quiera que el Euribor, índice de referencia del interés pactado, llevaba una línea ascendente que históricamente culminó en 2008, Bankinter SA ofreció el producto de autos como medio para proteger a la actora frente a la subida de tipos de interés que desde mediados de 2005 no paraban de subir. Dicho producto fue ofertado por el director de la oficina de PYMES de Cornellá como un remedio gratuito para asegurar la financiación frente a las continuas subidas de tipos de interés.

Sin embargo, el producto, tras la caída brusca de tipos de interés producida a partir de finales de 2008, se reveló como una carga para el cliente, con desproporciones que lo hacen abusivo. Señala en concreto que:

- a) en ningún momento se le advirtió de los riesgos inherentes al contrato para el caso de que se produjera una caída brusca de los tipos de interés;
- b) en el contrato se contempla la posibilidad de resolución del producto «si concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del Banco, alteren la situación existente cuando se realizó la oferta»; en cambio, la cancelación a voluntad del cliente no está regulada en cuanto a sus términos, resultando una cantidad desorbitada cuando, a la vista de las liquidaciones negativas, se intentó cancelar el producto a finales de 2009;
- c) fue desorbitada y especulativa la fijación del valor nominal del contrato: 500.000 euros, y
- d) había una desproporción prestaciones entre las partes, de manera que durante el período correspondiente a los años 2007 y 2008, en los que se efectuaron siete liquidaciones (trimestrales) el importe percibido por el cliente fue de 4.930,48 euros, mientras que en las diez siguientes, el importe de las liquidaciones ascendió a 40.503,26 euros.

2.º- El Juzgado de 1.ª instancia desestimó la demanda y absolvió al demandado con imposición de costas a la parte actora. Lo razona de la siguiente forma:

- (i) destaca que la actora carece de la condición de consumidor, y entiende que la misma ha actuado dentro del ámbito de su actividad profesional en la medida en que los contratos de autos entran dentro de la actividad económica financiera de la empresa.
- (ii) considera que no hubo error puesto que la actora admitió la existencia de explicaciones por parte del Banco y que leyó el contrato, pidiendo explicaciones y planteando dudas.
- (iii) de los mismos términos del contrato se desprende que existían riesgos en el caso de que variara la evolución de los tipos, y que, tratándose de una empresa que facturaba unos cinco millones de euros, es deber de su responsable financiero asesorarse si no entendía algo del contrato.

3.º- Interpuesto recurso de apelación por la demandante, fue desestimado por la Audiencia Provincial, salvo el pronunciamiento de cosas que no las impone a ninguna parte. Se argumenta lo siguiente:

- (i) Dada la fecha de celebración del contrato, le es aplicable la normativa anterior a la trasposición de la Directiva MIFID.
- (ii) Al cliente se le explicó el producto en su integridad; lo que ocurre es que estas explicaciones «fueron especialmente dirigidas a demostrar la eficacia del producto ante el riesgo que se quería conjurar» y que no es otro que el de poner coto a la continua subida del Euribor.
- (iii) Es posible que el otro escenario, el del descenso de los mismos, no preocupara al cliente, pero de ahí no se sigue que no se le hubiera puesto de relieve en la explicación del producto. Otra cosa es que no se tomara en cuenta.
- (iv) Un empresario avezado en las gestiones comerciales y bancarias no puede conducirse en la misma forma que el particular ajeno a ese mundo financiero.
- (v) De ser cierto que la información no fue suficiente él tenía obligación de aclarar los términos dudosos y pedir las explicaciones pertinentes sobre aquello de lo que se le informaba y de lo escrito en el contrato que contenía información suficiente para que el legal representante de la actora se apercibiera de los riesgos que el mismo implicaba.
- (vi) El hecho mismo de que no se sorprendiera de las liquidaciones positivas (ni inicialmente de las negativas) pone de manifiesto que entendió la naturaleza y estructura del producto que firmaba. Otra cosa es que la reiteración e importancia de las liquidaciones negativas le contrariara y se alejara del escenario que él subjetivamente se representó a la hora de contratar.

SEGUNDO.- I3E Ingeniería de Infraestructuras Informáticas Especializadas SL interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en la infracción de los artículos 1265 y 1256,



sobre el error en el consentimiento como causa de nulidad de un contrato, sus requisitos y jurisprudencia aplicable que cita en el recurso , en relación con el artículo 79 de la Ley/24/1988, del Mercado de Valores , y artículo 5 apartados 1 , 2 , 3 , 5 , 6 y 7, sobre información a los clientes, del RD 629/2003, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y con los artículos 1288 y 1289, sobre interpretación de los contratos y en concreto sobre la oscuridad de las cláusulas de un contrato que no deberá favorecer a quien haya causado tal oscuridad.

Se estima no sin precisar con carácter previo que procede rechazar las causas de inadmisión del recurso formuladas por la parte recurrida desde la idea de que la parte recurrente sí que justifica el interés casacional que ampara la formulación de su recurso, como pone en evidencia el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala a raíz de las sentencias posteriores que se apartan de la sentencia de 21 de noviembre de 2012 , y de que aunque el recurso de casación pudiera ser mejorable, si plantea con claridad la insuficiencia de la información recibida y la incidencia en la formación de la voluntad negocial de información que está obligado a proporcionar el banco sobre un contrato que está dando lugar a una importante litigiosidad y que es a la postre lo que justifica el interés casacional que hace admisible el recurso y permite el examen de fondo de la cuestión suscitada.

1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, 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. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa MIFID que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MIFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

2.- No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MIFID, 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.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato litigioso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

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

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

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

4.- Una reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala considera que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y, entre las más reciente, 491/2015, de 15 de septiembre ; 480/2016, de 13 de julio , 138/2017, de 1 de marzo , y 201/2017, de 24 de marzo).



5.- En el presente caso al cliente no se le ofreció más información que la que resulta de un contrato dirigido a garantizarle los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales, sin advertirle de otros escenarios menos favorables y de sus repercusiones económicas concretas, posiblemente porque era un escenario que no se contemplaba en ese momento o porque no interesaba, y así lo admite la propia sentencia que, en términos de simple probabilidad, advierte que fue así porque la cobertura al alza de los tipos de interés era lo que convenía en ese momento.

6.- No puede apreciarse, por tanto, que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala relativa a las exigencias del deber de información del banco a un cliente no experto, como era la demandante pese a su consideración de persona jurídica no avezada en instrumentos como el contratado. En particular, la sentencia recurrida tiene en cuenta el documento n.º 9 de la contestación a la demanda (plantilla informativa general) y sobre el contenido de este documento considera, en la línea especulativa señalada, que, puesto que la preocupación era la subida de los tipos de interés, no es extraño que el banco incidiera en la bondad del producto para mitigar el riesgo de la subida de los tipos de interés, y, sin embargo, se hace recaer en el legal representante de la mercantil demandada la responsabilidad de no haberse enterado mejor de los riesgos específicos que conllevaba la bajada de los tipos de interés, sin reparar en que era preceptiva una información precontractual y que la entidad no se había asegurado de que el cliente tuviera conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor.

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 la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

7.- 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, 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 la entidad bancaria 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.

8.- La entidad recurrida fue la que ofreció el producto y 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 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 suministrarla 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.

TERCERO.- 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, anularse la sentencia recurrida y estimar la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del contrato Clip Bankinter o permuta de tipo de interés de fecha 4 de abril de 2007, con el efecto previsto en



el artículo 1303 del CC . sobre restitución recíproca de las prestaciones desde el día de la formalización, con más los intereses legales procedentes desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda.

CUARTO.- En cuanto a costas, no se hace especial declaración de las originadas por este recurso y el de apelación, y se imponen a la demandada las causadas en la 1ª instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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 13E Ingeniería de Infraestructuras Informáticas Especializadas SL., contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 927/2012 . 2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte ahora recurrente, estimar la demanda formulada y dejar sin efecto la sentencia de la primera instancia en el sentido de declarar la nulidad del contrato Clip Bankinter o permuta de tipo de interés de fecha 4 de abril de 2007 , suscrito por la actora con Bankinter SA, con el efecto previsto en el artículo 1303 del CC , sobre restitución recíproca de las prestaciones desde el día de la formalización, con más los intereses legales procedentes desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda, a determinar en ejecución de sentencia. 3.º- Imponer a Bankinter SA. las costas de la primera instancia y no hacer especial declaración sobre las costas causadas por el recurso de apelación y de casación. 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.