



Roj: **STS 1657/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1657**

Id Cendoj: **28079110012017100262**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2017**

Nº de Recurso: **1497/2013**

Nº de Resolución: **271/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1174/2013,**
STS 1657/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 5 de mayo de 2017

Esta sala ha visto de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 77/2013 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 378/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Zaragoza, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Fernando Maestre Gutiérrez en nombre y representación de Bankinter S.A., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Rocío Sampere Meneses en calidad de recurrida y el procurador don Alberto Alfaro Matos en nombre y representación de Chueca S.A., en calidad de recurrente.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Beatriz Utrilla Aznar, en nombre y representación de Bankinter S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido de la letrada doña Ana Belén Blasco Cebolla contra Chueca S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Estimándolo, que case y anule la sentencia recurrida y, previos los trámites legales oportunos, estime íntegramente la demanda formulada por esta parte contra Bankinter S.A., (i) declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés formalizado entre Bankinter S.A. y Chueca S.A., denominado Clip Bankinter Extra 08-06, de fecha 25 de septiembre de 2008; (ii) condene a las partes a restituirse recíprocamente las cantidades entregadas durante la vigencia del contrato, más los intereses legales; y (iii) haciendo el pronunciamiento procedente conforme a Ley sobre costas de las instancias, y de esta alzada».

SEGUNDO .- La procuradora doña Beatriz Utrilla Aznar, en nombre y representación de Bankinter S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido de la letrada doña Ana Belén Blasco Cebolla contra Chueca 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:

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

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 3 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda:



»1.º Debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés formalizado entre la entidad de crédito Bankinter S.A., y Chueca S.A., denominado Clip Bankinter 08-6 de fecha 25 de septiembre de 2008.

»2.º Condenando a las partes contratantes Bankinter S.A., y Chueca S.A., a restituirse recíprocamente las cantidades entregadas durante la vigencia del contrato más los intereses legales.

»3.º Se impongan las costas procesales a la demandada».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil Chueca S.A, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1. Estimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 3-12-2012 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 en los autos n.º 378/2012, que revocamos.

»2. Desestimar la demanda interpuesta con desestimación de todas las pretensiones deducidas por Chueca S.A. contra Bankinter S.A.

»3. Imponer las costas de la primera instancia a la parte actora.

»4. No hacer imposición de las costas de esta alzada.

»Ordenar la devolución del depósito constituido para recurrir a la apelante».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal conjuntamente con recurso de casación la representación procesal de la mercantil Chueca S.A., el recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con el artículo 78 bis , 79 y 79 Bis de la Ley 25/1988 de 28 de julio , del mercado de valores, modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y el RD 217/2008. Segundo.- Por infracción, en concepto de aplicación indebida, del artículo 1274 y 1275 del Código Civil . El recurso extraordinario por infracción procesal lo argumentó en un único motivo: Vulneración del artículo 217 de la LEC , relativo a los efectos de la carga de la prueba y la jurisprudencia que los interpreta.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2016 , se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto en cuanto a lo solicitado en primer lugar e inadmitir en cuanto a las infracciones denunciadas en el segundo motivo y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Se acordó la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, con imposición de las costas de este recurso a la recurrente, que perderá el depósito constituido. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Rocío Sampere Menese, 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 9 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap). Dicho contrato fue posterior a la incorporación al derecho español de la Directiva MiFID.

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

I) El cliente había suscrito con anterioridad un contrato de permuta financiera con otra entidad financiera, sin que se conozca qué información recibió.

II) En el presente caso, la entidad financiera no realizó el test de idoneidad, ni el de conveniencia.

III) Tampoco hubo entrega de folleto explicativo del producto, ni realización de simulaciones.

IV) El producto financiero fue ofertado por el banco.

3. En síntesis, la entidad Chueca S.A., pequeña empresa dedicada a la fabricación de productos metálicos y pequeños componentes de electrodomésticos, a través de su apoderado, don Luis María , ingeniero técnico de formación, suscribió con Bankinter S.A., el 25 de septiembre de 2008, un contrato de permuta financiera (swap) denominado «Clip Bankinter 08-6. Con un notional de 150.000 euros, fecha de inicio de 1 de octubre de 2008 y vencimiento 1 de abril de 2011.



De las 10 liquidaciones a que dio lugar la ejecución del contrato, tan sólo la primera fue favorable al cliente por un importe de 188,71 euros. Las restantes fueron negativas por un importe de 10.938,96 euros.

En este contexto, la empresa presentó una demanda contra el entidad financiera por la que solicitaba la declaración de nulidad del contrato suscrito y la recíproca restitución de las cantidades entregadas. Dicha nulidad del contrato la justificó tanto en la existencia de un error vicio en el consentimiento prestado, como en la ausencia de causa del contrato y, en su caso, en el desequilibrio de prestaciones entre las partes.

La demandada se opuso a la demanda y alegó haber cumplido las obligaciones impuestas por la normativa aplicable.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En síntesis, de los antecedentes señalados consideró que la entidad financiera no suministró la información necesaria para que el representante de la empresa pudiera formar correctamente su voluntad contractual. De modo que esta ignorancia era imputable a la entidad financiera y excusable para el cliente.

5. Interpuesto un recurso de apelación por la entidad financiera, la sentencia de la Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia.

En su fundamentación destacó que el contrato contaba con ventanas de cancelación del producto acordes con la situación del mercado en cada momento; advirtiéndose que dicha cancelación podría representar un coste en función de dichos precios de mercado. Asimismo señaló que el contenido del contrato resultaba comprensible, que el apoderado ya había invertido en productos de alta volatilidad (mercados emergentes con riesgo en divisas) y además había concertado con otra entidad, poco antes, un producto similar al objeto de la *litis*, si bien con liquidaciones positivas.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido, y recurso de casación del que ha sido admitido el motivo primero e inadmitido el motivo segundo.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contrato de permuta financiera posterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Deber de información del coste de cancelación anticipada del producto.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477. 2 LEC , interpone recurso de casación.

En el motivo admitido, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con el artículo 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 25/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores , modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre y el RD 217/2008. Argumentar que la entidad financiera no ha cumplido con los deberes de información que le impone la citada normativa.

2. El motivo debe ser estimado.

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

3. En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero. Estos deberes no se cumplen con la mera literalidad genérica de los contratos suscritos, ni con la mera firma o suscripción de los mismos.

En este sentido, 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. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Bankinter, 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 omisión de este deber no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

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

«[...] Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

4. Por último, con relación a la necesaria información del coste de cancelación anticipada, también debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con dicho deber de información a tenor de la doctrina jurisprudencial de esta sala, sentencia 594/2016, de 5 de octubre, donde se ha declarado lo siguiente:

«[...] En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar 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 antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, 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.

»En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el coste de cancelación se fijaría por el



Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

»Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba».

5. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso de casación. Al oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia uniforme de esta sala, debe estimarse el recurso de casación y anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A., contra la sentencia de primera instancia, y confirmar esta última.

TERCERO.- Costas y depósito.

1. La estimación del recurso de casación comporta que no proceda hacer expresa imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

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

3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido por la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

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

esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Chueca S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 22 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 77/2013 , que casamos y anulamos, para confirmar en su lugar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 12 de Zaragoza, de 3 de diciembre de 2011 , dictada en el juicio ordinario 378/2012. 2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 3. Se imponen las costas de apelación a la demandada apelante. 4. Se ordena la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. 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. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**