



Roj: **STS 1892/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1892**

Id Cendoj: **28079110012017100288**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2017**

Nº de Recurso: **1639/2013**

Nº de Resolución: **302/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1047/2013,**
STS 1892/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de mayo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 206/2013 por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 284/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Zaragoza, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña María José Ferrando Hernández en nombre y representación de la mercantil Radiopixel S.L, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Juan Carlos Estévez Fernández de Novoa en calidad de recurrente y la procuradora doña Rocío Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A., en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña María José Ferrando Hernández, en nombre y representación de la mercantil Radiopixel S.L, interpuso demanda de juicio ordinario, asistido de la letrada doña Nieves Soriano Godés contra Clip Bankinter Extra 08 3 y de la póliza de crédito vinculada al pago de las liquidaciones negativas del Clip contra la entidad bancaria Bankinter S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: «estimando la presente demanda declare:

» 1.- LA NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS n° 0402304023223 denominado "CLIP BANKINTER EXTRA 08 3" y de la póliza de crédito CUENTA GESTIÓN PYME n° 3707, n° de contrato 0128-04020500001456, vinculada al pago de las liquidaciones negativas del CLIP, concertados entre RADIOPIXEL S.L. Y BANKINTER S.A.

» 2.- Condenar a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

» 3.- Debiendo declararse, en virtud de dicha nulidad contractual, la nulidad de todas las liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud de la ejecución de los mismos, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones que la declaración de nulidad solicitada conlleva, con sus correspondientes intereses legales devengados desde que se verificaron los pagos, y todo ello con expresa condena en costas a la sociedad demandada».



SEGUNDO.- La procuradora doña Beatriz Utrilla Aznar, en nombre y representación de Bankinter S.A., y asistido de la letrada doña Ana Belén Blasco Cebolla 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 11 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 16 de enero de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando la demanda promovida en juicio ordinario número 284/2012, instado por la procuradora Sra. Ferrando Hernández, en nombre y representación de Radiopixel, S.L., contra Bankinter S.A., representada por la procuradora Sra. Utrilla Aznar, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de los pedimentos contra la misma formulados, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por Radiopixel S.L., contra la sentencia de fecha 16 de enero de 2013 dictada por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Zaragoza en los autos de Juicio Ordinario número 284/2012, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición a la recurrente de las costas del recurso».

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional la representación procesal de Radiopixel S.L., argumentando el recurso extraordinario con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del motivo 2 del n.º 1 del artículo 469 LEC. Segundo.- Al amparo del motivo 2 del n.º 1 del artículo 469 LEC. Tercero.- Al amparo del motivo 2 del n.º 1 del artículo 469 LEC. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del motivo 3.º del apartado 2.º del artículo 477 LEC, por presentar interés casacional. Segundo.- Al amparo del motivo 3.º del apartado 2.º del artículo 477 LEC. Tercero.- Al amparo del motivo 3.º del apartado 2.º del artículo 477 de la LEC, por presentar interés casacional.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2016, se acuerda la admisión del recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Asimismo se acuerda la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto. 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 15 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) y la de la póliza de crédito vinculada al pago de las liquidaciones negativas por error vicio en el consentimiento prestado.

Dicho contrato de permuta financiera fue posterior a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

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

I) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.

II) No se practicaron los test de idoneidad y de conveniencia.

III) El documento explicativo del producto contenía una caracterización genérica del mismo, con referencia a un sistema de liquidaciones abierto tanto a si el cliente «paga» como si «recibe». Para a continuación describir las ventajas del producto, sin referencia a los riesgos concretos del mismo.

IV) En las condiciones particulares del contrato de permuta financiera se contemplaba una «ventana de cancelación» cuyo precio sería acorde a la situación del mercado en cada una de las fechas previstas.

3. En síntesis, la entidad Radiopixel S.L. suscribió, en julio de 2008, un contrato de permuta financiera con la entidad financiera Bankinter S.A. bajo la denominación de «Clip Bankinter Extra 08.3». Dicho contrato se realizó por un importe de 400.000 €, con fecha de inicio de 16 de julio de 2008 y vencimiento de 16 de enero de 2012.



Las partes también suscribieron una póliza de crédito «Cuenta gestión pyme» vinculada a las liquidaciones del producto financiero.

La permuta financiera de tipos de interés comportó dos liquidaciones positivas, de 114,49 euros y 393,56 euros, respectivamente y unas liquidaciones negativas por importe de 41.922,88 euros.

4. En este contexto, Radiopixel S.L. presentó una demanda contra la entidad financiera en la que solicitaba la declaración de nulidad de los referidos contratos por error vicio en el consentimiento prestado, junto con la correspondiente restitución de las prestaciones realizadas.

La entidad financiera se opuso a la demanda y solicitó su absolución.

5. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Tras la cita de la sentencia de esta sala de 21 de noviembre de 2012, consideró que la demandante no había acreditado el error vicio denunciado.

6. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. En esta línea, también con cita de la sentencia de esta sala de 21 de noviembre de 2012, consideró que la demandante, conforme a la carga de la prueba, no había acreditado el error denunciado. Si bien señaló que la entidad financiera no había cumplido, con todo rigor, las obligaciones impuestas por la LMV, no obstante, destacó que el administrador de la empresa, pese a no tener formación financiera, tenía los conocimientos necesarios para dirigir la gestión de una empresa mediana, por lo que se le suponía conocimientos suficientes para la comprensión del producto; así como recursos para buscar un asesoramiento especializado. Con relación a la cancelación anticipada del producto señaló que, aunque llevaba aparejada operaciones complejas, su cálculo podía realizarse por un técnico financiero cualificado.

7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado inadmitido, y recurso de casación que ha sido admitido.

8. Con carácter previo procede desestimar las causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por la demandada. La recurrente sí que justifica el interés casacional que ampara la formulación del recurso, como pone en evidencia el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala a raíz de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

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.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. En el motivo primero, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 78 bis, 79 y 79 bis de la Ley 24/1988 de Mercado de Valores, en su redacción dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y su incidencia en el error vicio del consentimiento prestado, artículo 1265 y 1266 del Código Civil.

3. El motivo debe ser estimado.

Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera, constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis., 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).

4. 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 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 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 referencia! 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 que ofreciera al cliente una información compleja; 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)».

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, en esencia, hemos declarado que si bien la entidad financiera, en el momento de la suscripción de la permuta financiera, no podía concretar el precio que comportaría la cancelación anticipada del producto, si que debía advertir del riesgo que dicha cancelación podía comportar de cara a un coste de cancelación muy elevado.

6. La estimación del motivo comporta la estimación del recurso de casación sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos.

7. Habida cuenta de 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. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación de la demandante y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, con estimación de la demanda interpuesta.

TERCERO.- Costas y depósitos.



1. La estimación del recurso de casación comporta que no se haga expresa imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.
2. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la demandante, Radiopixel S.L. por lo que no cabe hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.
3. A su vez, la estimación del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación de su demanda, por lo que procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC.
4. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

FALLO

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 Radiopixel S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 14 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 206/2013, que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia estimamos el recurso de apelación de la demandante, Radiopixel S.L. y, en consecuencia, revocamos la sentencia del juzgado de Primera Instancia, núm. 11, de Zaragoza, de 16 de enero de 2013, dictada en el juicio ordinario 284/2012, en el sentido de estimar la demanda interpuesta. Por lo que declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera «clip Bankinter Extra 08.3» suscrito en julio de 2008, así como la nulidad de la póliza de crédito «Cuenta Gestión Pyme, núm. 3707», vinculada al anterior contrato, con la restitución recíproca de las prestaciones realizadas y con sus intereses legales desde la fecha de pago. 2. No procede hacer expresa imposición de costas de casación. 3. No procede hacer expresa imposición de costas de apelación a la parte demandante apelante. 4. Condenamos a la parte demandada a las costas de primera instancia. 5. Procede ordenar 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**
Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres