



Roj: **STS 2251/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2251**

Id Cendoj: **28079110012017100343**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2017**

Nº de Recurso: **2622/2014**

Nº de Resolución: **354/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 1427/2014,**
STS 2251/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por los demandantes D. Simón y D.^a María Antonieta , representados por el procurador D. Ignacio Aguilar Fernández bajo la dirección letrada de D. José Luis Hidalgo Alcay, contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2014 por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación n.º 146/2014 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 561/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Zaragoza sobre nulidad del contrato de permuta financiera y restitución de prestaciones. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Bankinter S.A., representada por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Fernández Bermúdez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de julio de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Simón y D.^a María Antonieta contra la entidad Bankinter S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1º.- Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre D. Simón , D.^{ña}. María Antonieta y BANKINTER, S.A., así como la nulidad de cada una de las liquidaciones trimestrales efectuadas por la entidad bancaria hoy demandada en virtud del mismo.

»2º.- Se acuerde conforme a las declaraciones de nulidad anteriores la recíproca devolución de las prestaciones recibidas por cada una de las partes con motivo de dicho contrato y su cancelación, a través de la correspondiente compensación de dichas prestaciones, condenando a BANKINTER, S.A. devolver a mis mandantes la cantidad de 31.415,16?, más los correspondientes intereses legales desde la fecha de pago de cada una de las liquidaciones trimestrales efectuadas.

»3º.- Y todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Zaragoza, dando lugar a las actuaciones n.º 561/2013 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda planteando la caducidad de la acción, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas a la demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 14 de febrero de 2014 con el siguiente fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda:



»1º.- SE DECLARA la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre D. Simón , D^a María Antonieta y Bankinter S.A., así como la nulidad de cada una de las liquidaciones trimestrales efectuadas por la entidad bancaria hoy demandada en virtud del mismo.

»2.- Se acuerde conforme a las declaraciones de nulidad anteriores la recíproca devolución de las prestaciones recibidas por cada una de las partes con motivo de dicho contrato y su cancelación, a través de la correspondiente compensación de dichas prestaciones, CONDENANDO a Bankinter S.A. devolver a la actora la cantidad de 31.415,16 euros, más los correspondientes intereses legales desde la fecha de pago de cada una de las liquidaciones trimestrales efectuadas.

»3.- Y todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte demandada».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada Bankinter S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandante y que se tramitó con el n.º 146/2014 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza , esta dictó sentencia el 16 de julio de 2014 con el siguiente fallo:

«Que estimando el recurso de apelación formulado por BANKINTER S.A. contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2014 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza en los autos de Juicio Ordinario número 561/2013, debemos revocar la misma, en el sentido de desestimar la demanda interpuesta contra la entidad BANKINTER S.A., absuelto a la demandada de la acción ejercitada, con imposición de las costas de la instancia a la actora y sin especial imposición de la costas del recurso.

»Se acuerda la DEVOLUCION del depósito constituido para recurrir dada la íntegra desestimación del recurso».

Uno de los tres magistrados que formó sala formuló voto particular discrepante en los siguientes términos:

«DÉCIMO.- Por todo lo cual el fallo de la sentencia debería de haber sido confirmatorio de la recurrida, con condena en costas a la parte apelante».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación por interés casacional al amparo de los artículos 477.2-3 .º y 477.3 LEC , articulado en dos motivos con los siguientes encabezamientos:

«MOTIVO PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del art. 477 LEC , por la infracción de lo establecido en la DOCTRINA SOBRE VALORACIÓN DEL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO LEGAL DEL DEBER DE INFORMACIÓN, según la Sentencia nº 155 de 5 de julio de 2014, dictada en rollo de apelación 117/2014 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza , y las Sentencias del Tribunal Supremo nº 384/2014 de 7 de julio de 2014, dictada en recurso 892/2012 ; Sentencia del Tribunal Supremo nº 385/2014, de 7 de Julio de 2014, dictada en recurso 1520/2012 ; Sentencia del Tribunal Supremo nº 387/2014 de 8 de julio de 2014, dictada en recurso 1256/2012 ; Sentencia del Tribunal Supremo nº 840/2013 dictada el 20 de enero de 2014 en recurso 879/2012 ; Sentencia del Tribunal Supremo nº 244/2013, dictada el 18 de abril de 2013 en recurso 1979/2011 y basadas conforme a lo prevenido en el art. 79 bis de la L.M .V., el art. 19 de la Ley de Medidas de Reforma económica en relación con lo dispuesto en el art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, a su vez en relación con los artículos 1300 del Código Civil en relación con los artículos 1265 , 1266 y 1269 del mismo cuerpo legal .

«MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el número 1º del art. 477 LEC , por la infracción de lo establecido en jurisprudencia contradictoria respecto de la doctrina sobre valoración de las circunstancias concretas de mi mandante como usuario minorista a pesar de su condición de empresario, como entre otras por las Sentencia nº 155 de 5 de julio de 2014, dictada en rollo de apelación 117/2014 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza ; Sentencia del Tribunal Supremo nº 244/2013, dictada el 18 de abril de 2013 en recurso 1979/2011 ; Sentencia nº 399/2011 dictada el 20 de junio de 2011 en recurso 211/2011 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza ; Sentencia nº 263/2012 dictada el 13 de junio de 2012 en recurso 528/2012 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza ; Sentencia nº 242/2013 de 29 de mayo de 2013, dictada en recurso de apelación 89/2013 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza , y Sentencia de 11 de Julio de 2014 del Juzgado de Primera Instancia 8 de Zaragoza en autos de juicio ordinario 595/13-B, y todo ello en relación con lo establecido en los arts. 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 3 del TR Ley Defensa de Consumidores y Usuarios».

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 20 de julio de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la inadmisión o, en su caso, la desestimación del recurso, «con la condena en costas que proceda legalmente».



SÉPTIMO.- Por providencia de 16 de mayo del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 31, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (*swap*) celebrado con posterioridad a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 16 de julio de 2008, D. Simón y D.^a María Antonieta (actuales recurrentes) suscribieron con Bankinter S.A. (actual parte recurrida), a iniciativa de esta entidad, un contrato de permuta de tipos de interés denominado «Contrato de Gestión de Riesgos Financieros (Clip Bankinter EXTRA 08.3)», con un nominal de 300.000 euros, fecha de inicio el 16 de julio de 2008 y de vencimiento el 16 de enero de 2012 (docs. 29 y 30 de la demanda). El contrato se propuso por el banco para asegurar el riesgo derivado de fluctuaciones del tipo de interés variable del préstamo hipotecario previamente suscrito (30 de mayo de 2008) entre las mismas partes. En esa fecha el Sr. Simón era administrador de dos empresas familiares que anteriormente habían suscrito con Bankinter contratos similares que, hasta entonces, habían generado liquidaciones positivas (docs. 3 a 28).

2.- En ejecución del contrato litigioso y tras un periodo inicial de liquidaciones positivas por importe de 381,04 euros, a partir de abril de 2009 se giraron liquidaciones negativas para D. Simón y D.^a María Antonieta por un importe total de 31.796,20 euros (docs. 31 a 45).

3.- El 10 de julio de 2013 los hoy recurrentes demandaron a Bankinter solicitando la nulidad del referido contrato de 16 de julio de 2008 y de sus liquidaciones, con recíproca restitución de prestaciones, y, en consecuencia, la condena del banco a pagar a los demandantes la cantidad de 31.415,16 euros, diferencia entre unas y otras, más intereses legales desde la fecha de pago. En los fundamentos de derecho de la demanda se hacía alusión tanto a la existencia de error en el consentimiento, con cita de los arts. 1265 , 1266 , 1267 , 1269 , 1300 , 1301 y 1303 CC , como al carácter abusivo del conjunto del condicionado por la desproporción de las prestaciones, a cuyo efecto se citaban los arts. 2 , 8.2 , 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), y los arts. 3 , 80 , 82 , 83 y 85 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante LDCU).

4.- La entidad demandada se opuso a la demanda planteando la caducidad de la acción y oponiendo, en cuanto al fondo, la inexistencia de error en el consentimiento por haber cumplido correctamente las obligaciones legales de información.

5.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó en costas a la demandada. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) teniendo en cuenta que el plazo de cuatro años debía computarse desde la consumación del contrato, la acción de anulabilidad se había ejercitado antes de que caducara; (ii) al haberse firmado el contrato litigioso en 2008, se regía por la normativa MiFID; (iii) el banco incumplió los deberes de información fijados en esta normativa por no haber clasificado al cliente como minorista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 78 bis LMV, y por no haberle dado información precontractual adecuada y suficiente sobre el producto, sus características y riesgos (constando probado -fundamento de derecho sexto- que «ni existió test de conveniencia, ni clasificación como cliente minorista o profesional, ni entrega de folleto explicativo del producto ni explicación del contrato de permuta mediante la realización de simulaciones»); (iv) frente a este déficit informativo no podía excusarse el banco alegando que el demandante Sr. Simón era administrador y gerente de dos sociedades y que había suscrito con anterioridad otros dos *swaps*, pues dicho demandante carecía de los conocimientos y la experiencia exigidos para contratar este tipo de productos financieros, las empresas que administraba eran pequeñas empresas familiares, sin estructura especial de asesoría financiera, ni interna ni externa, y, además, no existía prueba de qué tipo de información fue la que recibió cuando concertó esos dos productos análogos ni de si entonces fue apercebido de las características, funcionamiento y riesgos del *swap* ; (v) todo lo anterior permitía apreciar error en el consentimiento, lo que también se acreditaba por la desproporción de prestaciones para las partes que derivaban del producto contratado (ventajas muy superiores para el banco, pues si el euribor subía por encima del 5,25% solo debía pagar el 0,10% mientras que si bajaba por debajo del 4,60% el cliente debía pagar la diferencia entre ese tipo y el euribor a tres meses).

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la entidad bancaria demandada, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, con condena en costas de primera instancia a la



parte demandante. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el contrato se celebró el 16 de julio de 2008, vigente la normativa MiFID; (ii) la sentencia de primera instancia incurre en error en la valoración de la prueba sobre la información facilitada a las demandantes; (iii) de la prueba practicada se desprende que la operación tenía por finalidad estabilizar los tipos de interés de los créditos que tenía la parte demandante, en particular el préstamo hipotecario por importe de 420.000 euros celebrado en mayo de 2008, que no puede aceptarse se ofertara como un seguro; (iv) el demandante Sr. Simón es un empresario que administra al menos dos sociedades en representación de las cuales había formalizado en 2006 diversos instrumentos financieros similares, además de ser la persona encargada de gestionar con los bancos la financiación de dichas sociedades y haber contado en la contratación del *swap* litigioso con el asesoramiento de su contable, persona «que, lejos de la categoría profesional invocada por la demandada, director financiero, sí que debía tener algún tipo de formación financiera y contable»; (v) aunque incumbe a la entidad financiera la carga de probar la existencia de información precontractual suficiente, su ausencia, en particular la falta de los test exigidos por la normativa MiFID, no determina «*per se* la existencia de error en el consentimiento»; (vi) en este caso, a pesar de la aparente complejidad y extensión del contrato, su operativa es clara y el contenido del mismo, en concreto el de sus condiciones generales, revela claras advertencias sobre los riesgos derivados de la evolución imprevisible de los tipos de interés y la consiguiente pérdida del beneficio económico esperado; (vii) por todo ello, no existe error en el consentimiento; (viii) tampoco se ha probado el dolo; (iv) en cuanto a la pretensión de nulidad basada en ser abusivas las cláusulas del contrato, formulada en la demanda con carácter subsidiario, tampoco se estima, porque no se detallan los motivos de abusividad de cada cláusula ni por qué todas son nulas, y porque se alega al respecto únicamente el desequilibrio de prestaciones, sin reparar en que, por tratarse del objeto principal del contrato (intercambio de tipos de interés calculados sobre un nocional), no cabe control de contenido a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013 y no se justifica que dicha cláusula no supere el control de transparencia.

En la sentencia se integra el voto particular discrepante de uno de los tres magistrados que formó sala. En su opinión, procedía desestimar el recurso de apelación y confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia por no haber prueba alguna de que se facilitara a los demandantes información suficiente sobre las características y los riesgos del producto contratado.

7.- Contra la sentencia de segunda instancia los demandantes-apelados han interpuesto recurso de casación por interés casacional (art. 477.2-3.º LEC) tanto en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta sala como en la de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de la doctrina sobre la incidencia que tiene el incumplimiento de los deberes legales de información impuestos por la normativa aplicable en la apreciación del error en el consentimiento. En el encabezamiento se citan los arts. 79 bis LMV, 19 de la Ley de Medidas de Reforma Económica en relación con art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, y los arts. 1300 , 1265 , 1266 y 1269 CC . Para justificar el interés casacional se citan las sentencias de esta sala 384/2014 , y 385/2014, ambas de 7 de julio , 387/2014, de 8 de julio , 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 244/2013, de 18 de abril , así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 5 de julio de 2014 .

En su desarrollo se alega, en síntesis, y por lo que respecta al error en el consentimiento, que la sentencia recurrida parece desconocer que el *swap* es un producto financiero complejo cuya comprensión por quienes no son expertos financieros depende de explicaciones por parte del banco y no solo de que el contenido del contrato sea claro o del perfil o características personales de los contratantes; que las obligaciones de información impuestas a los bancos se fundan en la situación dispar -asimetría informativa- en que se encuentran estos respecto de los clientes, por lo que no se puede desvirtuar su importancia, equiparando ambas posiciones, ni relativizar la omisión del deber de información poniendo por encima las circunstancias personales del cliente o el contenido contractual; que aunque la falta de información es un hecho que la sentencia reconoce, declara que dicha falta de información no siempre es causa del error, pero existen casos como el presente en que esto sí ocurre, dado que no existe prueba de información precontractual alguna, ausencia de prueba que solo puede perjudicar al banco, y esta situación permite presumir el error, su relevancia y excusabilidad; que la sentencia recurrida atribuye «inexplicablemente» mayor valor a la versión de los empleados del banco que a las declaraciones de los demandantes; que la sentencia recurrida se apoya en la experiencia del demandante Sr. Simón en la contratación de *swaps* sin tener en cuenta que promovió sendos procedimientos solicitando la nulidad de los *swaps* suscritos anteriormente en nombre de las dos mercantiles a las que representaba, habiendo recaído en apelación sentencias estimatorias de dicha nulidad; y en fin, que esa contratación previa no supone que dicho demandante fuera consciente de los riesgos del producto,



pues si contrató el ahora litigioso fue porque hasta entonces los swaps anteriores habían deparado resultados positivos, desconociendo que pudieran producir elevadas pérdidas porque de estas no había sido informado.

El motivo segundo se funda en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la consideración del contratante como cliente minorista pese a tener la condición de empresario. En sentido opuesto al criterio de la sentencia recurrida, esto es, no calificando al contratante como experto financiero a pesar de tener la condición de empresario, se citan las sentencias de la AP Zaragoza, sección 4.ª, de 5 de julio de 2014, 13 de junio de 2012 y 29 de mayo de 2013, y la de la AP Zaragoza, sección 5.ª, de 20 de junio de 2011. También se citan la sentencia de fecha 11 de julio de 2014 dictada por el JPI n.º 8 de Zaragoza, en el juicio ordinario 595/2013, y la de esta sala 244/2013, de 18 de abril.

En su desarrollo se alega, en síntesis, que la adecuada interpretación de la normativa aplicable al contrato litigioso (normativa MiFID, LCGC y LDCU) debe llevar a entender que el hecho de que el contratante sea administrador de dos empresas no es determinante de que tuviera conocimiento del producto que contrataba, dados los especiales conocimientos que exige la contratación de un producto financiero complejo como el swap.

En trámite de oposición la entidad recurrida ha interesado la inadmisión o la desestimación del recurso. Como causas de inadmisibilidad ha alegado falta de respeto a la valoración probatoria y falta de justificación e inexistencia de interés casacional. En cuanto al fondo, opone al motivo primero que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva del error, que la falta de información no es determinante de error en el consentimiento y que, si bien no se cumplió con el deber de clasificar a los clientes, en cambio sí se cumplió con el deber legal de informarles, al considerarse probado que la información precontractual fue suficiente; y al motivo segundo opone que los preceptos que se citan como infringidos (2 LCGC y 3 LDCU) no guardan relación con la controversia, que la sentencia recurrida no presume que el demandante Sr. Simón tuviera, por su condición de empresario, conocimiento y experiencia en la contratación de productos financieros, sino que, atendidas todas las circunstancias del caso, entre las que cobra importancia si el cliente es un empresario con experiencia previa en la contratación de swaps, concluye que la información precontractual fue suficiente y que por ello aplica correctamente la jurisprudencia sobre el error en litigios bancarios, pues tiene en cuenta que el contrato era sencillo de entender, el perfil del cliente (empresario con experiencia en la contratación de productos financieros como los swaps) y la suficiencia de la información precontractual recibida.

TERCERO.- Procede desestimar los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida por las siguientes razones:

1.ª) Los problemas jurídicos están suficientemente identificados porque, si bien desde distintas perspectivas, lo que se impugna en ambos motivos es fundamentalmente la valoración del tribunal sobre la suficiencia de la información suministrada por la entidad bancaria para cumplir con los deberes previstos en la normativa MiFID, «lo que constituye propiamente una valoración jurídica apoyada en los hechos probados, que tan sólo se puede impugnar mediante el recurso de casación» (sentencia 731/2016, de 20 de diciembre, citada por la más reciente 149/2017, de 2 de marzo).

2.ª) Las infracciones alegadas aparecen convenientemente desarrolladas, sobre todo en el caso del motivo primero, en el que se citan normas infringidas indiscutiblemente aplicables al caso (entre ellas, el art. 79 bis LMV, por tratarse de un contrato suscrito tras la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, o los arts. 1265, 1266 CC sobre el error) al consistir el problema jurídico litigioso en el posible incumplimiento de las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera y su incidencia en el error vicio. Es cierto que las normas invocadas en el motivo segundo no guardan relación con la razón decisoria, pues la sentencia recurrida no justifica la inexistencia de error negando a los recurrentes la condición de consumidores, y también que no se justifica adecuadamente el interés casacional en la modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, pues solo se citan sentencias en el sentido que se defiende como acertado. Sin embargo, en puridad se plantea la misma cuestión suscitada en el motivo precedente, esto es, si la valoración jurídica de la Audiencia en torno a la incidencia que ha de tener el incumplimiento de los deberes de información en la apreciación del error fue o no ajustada a la doctrina jurisprudencial, pero poniendo el acento en que el déficit informativo no encuentra paliativo en la condición de empresario del cliente por exigirse especiales conocimientos financieros que dicho cargo no presupone, argumento respaldado por la doctrina de la sentencia de Pleno 244/2013, de 18 de abril, que en el motivo se cita como infringida.

3.ª) Todo ello se hace sin alterar la base fáctica de la sentencia recurrida, pues no es cierto que esta descarte el error por haber existido una información precontractual detallada, sino que, considerando que su omisión, incluso la de los test legalmente exigidos por la normativa MiFID, no es por sí misma determinante de error en el consentimiento, relativiza la importancia de esa falta de información en atención a la suficiencia de la



información contractual resultante del propio contenido de los documentos entregados, considerando que las condiciones generales contenían advertencias claras sobre la posibilidad de sufrir pérdidas, y en atención al perfil de los contratantes, en la medida que el demandante Sr. Simón era administrador, había sido asesorado por su contable en la contratación del *swap* litigioso y tenía experiencia en la contratación de otros *swaps* para sus empresas familiares, datos de hecho que se respetan en el planteamiento de la recurrente.

4.ª) En consecuencia, el interés casacional resulta evidente, dado que la razón decisoria de la sentencia recurrida puede entrar en contradicción con la jurisprudencia consolidada de esta sala sobre el error vicio en los contratos de *swap* y la parte recurrida se ha podido oponer al recurso sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes.

CUARTO.- Por tanto, entrando a conocer del recurso, este ha de ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (entre las más recientes, sentencias 140/2017, de 1 de marzo, 149/2017, de 2 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo, y especialmente en este caso, las dictadas en otros asuntos sobre *swaps* con la denominación «Clip Bankinter», a las que se alude en la sentencia 143/2017, de 1 de marzo), tanto antes como después de la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español la asimetría informativa que existe en este tipo de contratos impone a las entidades de servicios de inversión el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación anticipada. Esta información debe ir más allá de una mera ilustración sobre lo obvio -esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación del tipo referencial-, siendo la del banco una obligación activa, pues sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional y debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante, lo que se traduce en que la parte obligada a informar correctamente no pueda objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que, al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia, o que en el contrato se incluía una cláusula, prerredactada por el banco, en la que se afirmaba que el cliente se había asesorado por su cuenta y eximía al banco de informarle adecuadamente.

2.ª) Consecuencia de todo ello es que ese deber de información no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente minorista de la documentación contractual, sino que exige «una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos» (por ejemplo, sentencias 163/2017, de 8 de marzo, y 201/2017, de 24 de marzo). Es decir, y por lo que aquí interesa, la jurisprudencia descarta la suficiencia informativa del contenido contractual y que la mera lectura del documento resulte bastante, pues se precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente (por ejemplo, sentencias 84/2017, de 14 de febrero, 143/2017, de 1 de marzo, y 149/2017, de 2 de marzo). En cuanto al coste de cancelación, se ha precisado que la mera referencia contractual a su determinación según precios de mercado es insuficiente, por falta de concreción del mismo y por no impedir que el cliente se vea sorprendido por dicho coste (sentencias 594/2016, de 5 de octubre, 138/2017, de 1 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo).

3.ª) Además, 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. Como recuerda la reciente sentencia 149/2017, de 2 de marzo:

«La sentencia 579/2016, de 30 de septiembre, trae a colación las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, y 676/2015, de 30 de noviembre, entre otras, según las cuales 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, luego citada por otras posteriores como las sentencias 594/2016 y 595/2016, ambas de 5 de octubre). Según la sentencia 594/2016, de 5 de octubre, el conocimiento especializado en este tipo de productos financieros complejos como los *swap* "tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto".



»En esta línea, puesto que 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, es irrelevante a estos efectos que en la empresa existiera un administrador o empleado licenciado en económicas o que estos fueran los estudios del contable de la empresa (sentencias 244/2013, de 18 de abril , 633/2015, de 13 de noviembre , 673/2015, de 9 de diciembre , y 496/2016, de 15 de julio)».

4.ª) Finalmente, para la doctrina jurisprudencial tampoco el encadenamiento de contratos del mismo tipo excluye el error, puntualizando al respecto, por ejemplo, la sentencia 651/2015 (citada por las sentencias 562/2016, de 23 de septiembre y la 149/2017, de 2 de marzo), que «el hecho de que la demandante hubiera concertado anteriormente otros contratos de swap ligados a operaciones de financiación necesarias para desarrollar su actividad no supone, por sí mismo, que sea un cliente experto, si no existe una mínima constancia de que en esas operaciones sí se le había informado adecuadamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato de swap».

5.ª) Si la doctrina jurisprudencial expuesta se aplica a los hechos probados no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la normativa MiFID aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso, omisión que permite presumir la existencia de error en el consentimiento al no resultar desvirtuada por las razones en las que se apoya la sentencia recurrida.

Aunque la sentencia impugnada se refiera a una «información precontractual suficiente», esta es una valoración que no se apoya en datos de hecho acreditados por la prueba practicada. Así, el tribunal sentenciador no declara probado que el banco informara a los recurrentes en los términos legal y jurisprudencialmente exigidos -esto es, con antelación suficiente a la firma del contrato y más allá de lo obvio- sobre los concretos riesgos de los productos contratados y, en particular, sobre el coste que llevaba aparejada su cancelación anticipada, elementos esenciales para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación del producto ofrecido a su perfil inversor, pues la propia sentencia recurrida admite que no se realizaron «los test exigidos por la normativa MiFID» (fundamento de derecho cuarto, párrafo quinto) y no desvirtúa la conclusión probatoria de la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho sexto) acerca de que no se clasificó al cliente como minorista ni se le entregó folleto explicativo del producto ni, en fin, se le realizaron explicaciones de su funcionamiento mediante simulaciones.

6.ª) En realidad, por tanto, la razón decisoria que se combate en el recurso se encuentra esencialmente constituida por dos argumentos jurídicos claramente contrarios a la jurisprudencia expuesta.

(i) El primero de ellos consiste en la suficiencia del contenido contractual, al entender el tribunal sentenciador que los documentos contractuales -que no se discute fueron entregados a los clientes-, pese a su aparente complejidad y extensión, contenían una explicación clara sobre la operativa o funcionamiento característico del *swap* («su operativa es clara») como instrumento de cobertura frente a fluctuaciones imprevisibles del tipo de interés variable ligado a los productos contratados previamente por dichos clientes para su financiación, posibilitando que estos pudieran saber que dicho instrumento podía dar lugar tanto a ganancias como a pérdidas en caso de bajada abrupta y continuada de los tipos. Este argumento contradice la jurisprudencia de esta sala de que el propio contenido del contrato y su lectura no suplen la necesaria actividad informativa por parte del banco realizada con antelación suficiente a la firma, y menos aún cuando de los términos del contrato solo resultan explicaciones sobre lo obvio y cuando el coste de cancelación anticipada tampoco aparece concretado en la documentación contractual, sino mediante una simple referencia a «la situación del mercado» (véase la pág. 1 de las condiciones particulares del contrato).

(ii) El segundo razonamiento consiste en relativizar la importancia de la falta de información porque uno de los demandantes, el Sr. Simón , era empresario, tenía experiencia tanto en la contratación de productos bancarios en general, para la financiación de sus empresas, como particularmente en la contratación de *swaps* (al haber suscrito en 2006 dos para sus empresas familiares) y había sido asesorado por su contable, al que la sentencia recurrida también le presume «algún tipo de formación financiera». Este argumento no tiene en cuenta que los específicos y especializados conocimientos financieros que se exigen para la contratación de un producto complejo como el *swap* no se deducen del hecho de ser administrador ni de la experiencia en la gestión ordinaria de empresas pequeñas y familiares ni, en fin, del hecho de haber sido la persona encargada de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de aquellas. Tampoco dichos conocimientos financieros especializados pueden presumirse en la persona de su contable, cuya titulación no consta, y el hecho de que el demandante contara con ese asesoramiento no eximía al banco de cumplir adecuadamente sus deberes legales de información, ni, en fin, la experiencia en la contratación de dos *swaps* anteriores a la firma del litigioso permite en este caso concreto deducir que el demandante conocía perfectamente el producto, sus características y riesgos, pues según la sentencia de primera instancia, tampoco desvirtuada en este punto por la recurrida, no consta probado qué tipo de información se ofreció por el banco en la contratación de



aquellos, siendo revelador de que tampoco entonces fue informado de la posibilidad de sufrir graves pérdidas patrimoniales en caso de bajada abrupta y prolongada de los tipos el dato de que al contratar en 2008 todavía no se hubieran derivado liquidaciones negativas a resultas de los swaps de 2006, cuya nulidad por error interesó tan pronto tuvo conocimiento de este resultado adverso.

7.ª) En suma, aunque la sentencia recurrida declare apreciar un error de la sentencia de primera instancia en la valoración de toda la prueba practicada, mencionando al principio de su fundamento de derecho cuarto la documental, la declaración de varios empleados del banco, entre ellos el que atendió al demandante, y el interrogatorio de los propios demandantes, lo cierto es que, según revela el contenido íntegro de ese mismo fundamento de derecho, la conclusión de que hubo información suficiente es una valoración jurídica, un juicio de derecho y no de hecho, porque se funda única y exclusivamente en el texto de los propios documentos contractuales, no en las demás pruebas mencionadas al principio de su razonamiento sobre el error probatorio de la sentencia apelada.

QUINTO.- En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

De conformidad con el art. 398.1 en relación con el art. 394, ambos de la LEC, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que el recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 los demandantes D. Simón y D.ª María Antonieta contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2014 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el recurso de apelación n.º 146/2014. **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada Bankinter S.A. contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2014 por el magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Zaragoza en las actuaciones de juicio ordinario n.º 561/2013, que se confirma íntegramente. **4.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la parte demandada-apelante, hoy recurrida, las de la segunda instancia. **5.º-** Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. Líbrense 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.