



Roj: **STS 4586/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4586**

Id Cendoj: **28079110012017100646**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/12/2017**

Nº de Recurso: **1218/2015**

Nº de Resolución: **692/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 423/2015,**  
**STS 4586/2017**

CASACIÓN núm.: 1218/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Civil**

##### **Sentencia núm. 692/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 20 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2015, dictada en apelación 45/2015 de la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio ordinario 121/13 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Zaragoza; el recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la sociedad Cerney S.A., representada en las instancias por la procuradora Dña. Itziar Moros Herrero y bajo la dirección letrada de D. Fernando Pozo Remiro, compareciendo ante este tribunal en su representación la procuradora Dña. M.<sup>a</sup> Teresa de Donesteve y Velázquez-Gaztelu en calidad de recurrente, compareciendo como parte recurrida Bankinter S.A., representado por la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Fernández Bermúdez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de la sociedad Cerney S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A., alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:



«1.- a) Se declare la anulación del contrato número NUM001 de gestión de riesgos financieros denominado comercialmente Clip Bankinter 07 3.3, con barrera desactivante por error sustancial padecido por la parte actora en el consentimiento prestado.

»b) Alternativamente, que se declare la anulación del contrato número NUM001 de gestión de riesgos financieros denominado comercialmente Clip Bankinter 07 3.3, con barrera desactivante por falta de causa o, en su caso, por ilicitud o falsedad de la misma.

»2.-a) Se declare la anulación del contrato Clip Bankinter 07 3.3/ACT.I por error sustancial padecido por la parte actora en el consentimiento prestado.

»b) Alternativamente, que se declare la anulación del contrato Clip Bankinter 07 3.3/ACT.I por falta de causa o, en su caso, por ilicitud o falsedad de la misma.

»3.- En correspondencia con los anteriores pronunciamientos declarativos, se condene a la parte demandada a devolver a la parte actora la suma de 73.296,48.- euros cobrados en aplicación de las liquidaciones trimestrales de cargo en cuenta, más el interés legal del dinero desde la fecha del pago de cada una de las cantidades indebidamente satisfechas por la parte actora.

»4.- Se condene a la parte demandada al pago de la totalidad de las costas procesales causadas en este procedimiento».

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

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

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 27 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando la demanda interpuesta por Cerney S.A. contra Bankinter S.A., debo absolver y absuelvo a estos últimos con imposición de costas a la parte actora».

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia con fecha 23 de febrero de 2015, cuyo fallo es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por Cerney S.A. contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Zaragoza en los autos de juicio ordinario número 121/2013, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida en todos sus extremos, con imposición de las costas del recurso a la recurrente».

**TERCERO.-** La procuradora Dña. Itziar Moros Herrero, en nombre y representación de Cerney S.A. interpuso recurso de casación por interés casacional fundado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Fijación de la doctrina legal del Tribunal Supremo respecto de la causa de los contratos swap; infracción de los artículos 1261.3, 1274 y 1288 CC y de la doctrina que los interpreta.

Motivo segundo.- Por infracción de los artículos 1265, 1266 y 1258 CC y de los artículos 4 y 5 y su anexo del R.D. 629/1993, de 3 de mayo, y los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de la jurisprudencia que los interpreta.

**CUARTO.-** Por auto de 14 de junio de 2017 se admitió a trámite dicho recurso, dando traslado a la parte recurrida Bankinter S.A., que presentó escrito oponiéndose bajo la representación de la procuradora doña Rocío Sampere Meneses.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 3 de octubre de 2017.

**SEXTO.-** Comenzada la deliberación el día señalado se prolongó durante más sesiones, hasta el día 28 de noviembre siguiente en que se votó y falló el recurso, y al no conformarse el magistrado ponente Sr. D. Antonio Salas Carceller con el parecer de la mayoría y anunciar voto particular asumió la ponencia el Excmo. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Antecedentes.**1.-** La demanda.

La demanda se interpone por una sociedad anónima contra el banco (Bankinter), sobre nulidad de dos contratos de swap (suscritos el 3 de marzo de 2007 y el 1 de julio de 2009) por error en el consentimiento y por inexistencia o falsedad de la causa.

**2.-** La sentencia de primera instancia.

Desestimó la demanda. Declaró que el cliente fue informado y que su tesis sobre la falta de causa (basada en que su situación económica no requería de esos contratos y que su diseño no era el adecuado para servir de cobertura) no tenía fundamento.

**3.-** La sentencia de segunda instancia.

Desestimó el recurso de apelación de la mercantil demandante y confirmó la desestimación de la demanda.

En esta sentencia se acepta expresamente lo declarado en la sentencia de primera instancia en lo que no se contradiga, y lo cierto es que no se contradice en nada porque lo que se hace es añadir argumentos:

Así, se recogen los datos -algunos cuestionables con arreglo a la doctrina de la sala- por los que debería excluirse la falta de información y el error, y se añade una argumentación sobre la regularidad de la cláusula de cancelación anticipada.

**4.-** El recurso de casación.

Se interpone por la sociedad anónima demandante:

- Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la causa contractual (falta de causa o ilicitud; el diseño del contrato no era el adecuado para la finalidad perseguida).

- Interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el alcance del deber de información al cliente para la apreciación de error vicio.

**SEGUNDO** .- *Contratos* .

La parte demandante firmó dos contratos de swap, en fechas 3 de marzo de 2007 y 1 de julio de 2009, denominados «Clip Bankinter».

En la sentencia del juzgado, asumida por la Audiencia Provincial se declaró que el contrato de 2007 se renovó mediante el del año 2009 (FDD 5.º).

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declara que el segundo contrato «suscrito pasó por la cancelación del anterior y como parte de la negociación para la extinción del previo contrato celebrado».

En el contrato de 1 de julio de 2009 consta:

« **Bankinter.**

»CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS DE TIPO DE INTERÉS

»Nombre del titular/es:

»*Titular/es* Domicilio titular/es N.I.F.

»CERNEY SA CL/ F 0015 ZARAGOZA 50016 A5D557644

»Representante/es N.I.F.

» Saturnino NUM000

»Nominal contratado: 1.000.000.00

»Cuenta de cargo/abono: NUM002

»Referencia interna: NUM003

»Nombre del producto de cobertura: Clip Bankinter 07 3.3/ ACT.I

»Fecha inicio de comercialización: 16 de junio de 2009

»Fecha fin de comercialización: 25 de junio de 2009

»Fecha inicio del producto: 1 de julio de 2009



»Fecha de vencimiento del producto: 2 de enero de 2012

»Duración: 2.5 años

»El Clip Bankinter 07 3.3/ ACT.I solamente va dirigido a aquellos clientes que tienen contratado el Clip Bankinter 07 3.3. Por tanto, para poder contratar el Clip Bankinter 07 3.3/ ACT.I el Cliente tiene que cancelar el mismo nominal del Clip Bankinter 07 3.3 mediante la firma del anexo adjunto a las presentes Condiciones Particulares..

»Durante toda la vigencia del *periodo de comercialización* y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado que, a juicio del Banco, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del producto, el Banco podrá revocar la oferta respecto del producto.

»LIQUIDACIONES:

»Periodicidad de las liquidaciones: Trimestrales, los días 1 de los meses de octubre, enero, abril y julio, de cada año de vigencia del producto. En caso de que alguno de estos días se declarara como día inhábil, se realizará la liquidación el día hábil inmediatamente posterior. La primera liquidación será el 1 de octubre de 2009 y la última el 2 de enero de 2012.

»En la cuenta corriente asociada se producirá una única liquidación en cada periodo, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

» *Cliente Paga* :

»Cliente Paga = Nominal x TP x d /360

»Siendo:

»-d-: Número de días naturales del trimestre.

»Trimestres 1 a 4: TP= 3,45%

»Trimestres 5 a 10: TP= 3.95 %

»- *Cliente Recibe* :

»Cliente Recibe = Nominal x TP x d /360

»Siendo:

»-d-: Número de días naturales del trimestre.

»Trimestres 1 a 10: TR=Euribor 3 meses (\*)

»Fechas de fijación del tipo de interés de referencia: Trimestrales los días 1 de los meses de julio, octubre, enero y abril de cada año de vigencia del producto, empezando el 1 de julio de 2009 y finalizando el 1 de octubre de 2011. En caso de que alguno de estos días se declarara como día inhábil, se aplicará el tipo de referencia del día hábil inmediatamente posterior.

»(\*) Tipo de interés de referencia: Euribor 3 meses publicado a las 11,00h en la página de Reuters EURIBOR01, dos días hábiles previos a la fecha de fijación.

»Base de cálculo: 360 días.

»Divisa de Pago: Euro.

»Divisa de Cobro: Euro.

»*Ejemplo de liquidaciones.*

»Suponiendo un *nominal contratado de 100.000 euros* y los ejemplos de Euribor a 3 meses siguientes, pasamos a reflejar un ejemplo de liquidaciones para los trimestres 1 a 10, de acuerdo a lo anteriormente expuesto:

»Liquidación Trimestre 1 a 4. Ejemplo Trimestre 2.

Liquidación Trimestre 1 a 4. Ejemplo Trimestre 2.

Trimestrenúmero de díasEuribor 3 meses\*Cliente pagaCliente recibeliquidación

-Trimestre 2

Trimestre 2

Trimestre 2

Trimestre 2



95

95

95

95

1,10%

2,30%

3,75%

4,25%

3,45%

3,45%

3,45%

3,45%

1.10%

2.30%

3,75%

4,25%

Cliente paga 620,14 euros

Cliente paga 303,47 euros

Cliente recibe 79,17 euros

Cliente recibe 211,11 euros

Liquidación Trimestre 5 a 10. Ejemplo Trimestre 6.

Trimestre número de días Euribor 3 meses \* Cliente paga Cliente recibe liquidación

-Trimestre 6

Trimestre 6

Trimestre 6

Trimestre 6

94

94

94

94

1,10%

2,30%

3,75%

4,25%

3,95%

3,95%

3,95%

3,95%

1.10%

2.30%

3,75%



4,25%

Cliente paga 744,17 euros

Cliente paga 430,83 euros

Cliente paga 52,22 euros

Cliente recibe 78,33 euros

»En estos ejemplos, los datos relativos al Euribor a 3 meses son meramente ilustrativos y en ningún caso se han de entender como estimaciones de su posible evolución en los distintos trimestres. En el momento de una liquidación concreta, el tipo Euribor a 3 meses podrá ser superior o inferior al indicado en función de las fluctuaciones del mercado.

»Peor escenario para el cliente con respecto a las liquidaciones: Si el Euribor3 meses fijase en todos los trimestres al 0%, para 100.000 euros de nominal contratado supondría que la suma de liquidaciones negativas de los distintos trimestres ascendería a -9.533 euros (es decir, un -9,53% del nominal contratado).

»Cancelación: El Cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del Clip Bankinter 07 3.3/ ACT.I en cualquier momento durante la vigencia del mismo. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación del mercado de tipos de interés en el momento de la cancelación. Tal cancelación anticipada supondrá, por parte del cliente, asumir el valor actual de mercado (que puede ser positivo o negativo) de los derechos y obligaciones contraídos en virtud del contrato celebrado entre Cliente y Bankinter así como los gastos en que pueda incurrir como consecuencia de la cancelación del Producto.

»Valor de mercado:

»El valor de mercado del clip se calcula como el valor actual de la suma de las futuras liquidaciones que estima el mercado que se pueden producir hasta el vencimiento del mismo.

»Por estar vinculadas las liquidaciones del clip a la evolución del Euribor 3 meses, el valor de mercado del clip dependerá de las estimaciones de valoración futuras, volatilidad y liquidez de dicho índice de referencia.

»El valor de mercado del clip será negativo para el cliente si la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que el cliente tendrá que efectuar en el futuro a Bankinter excede a la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que Bankinter tendrá que efectuar en el futuro al cliente.

»Por el contrario, el valor de mercado del clip será positivo para el cliente si la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que el cliente tendrá que efectuar en el futuro a Bankinter es inferior a la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que Bankinter tendrá que efectuar en el futuro al cliente.

»Los instrumentos financieros utilizados para el cálculo de las futuras liquidaciones son los swaps, los futuros y las opciones sobre tipos de interés.

»Peor escenario posible de valor de mercado: En caso de darse determinadas circunstancias, tales como una bajada significativa de los tipos de interés, el valor de mercado del Producto puede llegar a ser relevante, dependiendo de los factores expresados anteriormente.

»Desde el punto de vista del cliente, el valor de mercado del clip alcanzaría su coste máximo cuando las estimaciones de valor del Euribor 3m en todas las fechas de fijación del clip sean del 0%.

»En este clip en particular, el peor valor de mercado para el cliente sería del -9,53% del nominal contratado. Para 100.000 euros de nominal contratado supondría -9.533 euros.

»AVISO DE RIESGOS DEL PRODUCTO.

»El Producto al que se refiere el presente Contrato es un producto complejo que requiere de profundos conocimientos sobre el funcionamiento de los mercados y cuya finalidad no es generar beneficios.

»El Cliente está contratando un producto financiero referenciado a la evolución de los tipos de interés y, como tal, asume el riesgo de que los pagos a realizar por el cliente sean superiores a los cobros a recibir por el cliente de acuerdo con lo establecido en las condiciones particulares. Este riesgo puede traducirse en cargos en la cuenta del Cliente por las liquidaciones periódicas del Producto que resulten negativas. Asimismo, puede generarse un cargo en la cuenta del Cliente como consecuencia de la cancelación anticipada del Clip, de acuerdo con lo establecido en las Condiciones Generales. La magnitud de los importes dependerá, entre otros, de las condiciones del Clip concreto, del importe nominal contratado, del plazo pendiente hasta el vencimiento del Clip y de la situación de los mercados de tipos de interés.



»Asimismo, se hace constar que el Producto al que se refiere el presente Contrato tiene como finalidad la estabilidad de los costes financieros, sin que pretenda ser una cobertura específica sobre una financiación a tipo de interés variable determinada. Por lo tanto, puede ocurrir que no coincidan la periodicidad de las liquidaciones, el tipo de interés de referencia u otras características del Producto con (toda o parte de) la financiación que se pretende cubrir y por tanto que el Producto contratado no llegue a cumplir con la estabilidad deseada.

»El CLIENTE declara que ha leído las condiciones del contrato y entiende los términos y riesgos del producto.

»Conocimiento y Experiencia.

»El cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación. SI (marcado X) NO (sin marcar).

»El cliente declara tener experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años. SI (marcado X) NO (sin marcar).

»La falta de contestación a estas preguntas impide que Bankinter valore si el producto es adecuado para el cliente. Igualmente el desconocimiento del producto puede hacer no adecuada su contratación.

»En ZARAGOZA, a 25 de junio DE 2009

» EL CLIENTE BANKINTER, S.A.

» CERNEY SA P.P.

»P.P. Saturnino Landelino »

**TERCERO** .- *Hechos no controvertidos* .

1.- El primero contrato es anterior por su fecha a la directiva MiFID.

2.- En el segundo contrato no se formalizó test de idoneidad.

3.- Los contratos fueron negociados por el director económico financiero de la empresa demandante.

4.- Hubo información precontractual.

5.- En dicha información precontractual consta que se trataba de «un seguro que proteja el coste de financiación frente a posibles subidas de los tipos de interés».

**CUARTO** .- *Causas de inadmisibilidad* .

Deben rechazarse:

1.- Concorre interés casacional, dada la reciente jurisprudencia de esta sala sobre el particular, ( sentencia del pleno de la Sala Primera 244/2013, de 18 de abril ; sentencia del pleno de la Sala Primera, 840/2013, de 20 de enero de 2014 ; sentencia 387/2014, de 8 de julio ; sentencia 385/2014, de 7 de julio , y sentencia 384/2014, de 7 de julio ).

2.- En el recurso no se pretende la alteración de los hechos probados, sino que partiendo de los mismos se concluye que la información facilitada por el banco al cliente, indujo a este a error.

**QUINTO** .- *Motivos primero y segundo* .

1.- Motivo primero.- Fijación de la doctrina legal del Tribunal Supremo respecto de la causa de los contratos swap; infracción de los artículos 1261.3 , 1274 y 1288 CC y de la doctrina que los interpreta.

2.- Motivo segundo.- Por infracción de los artículos 1265 , 1266 y 1258 CC y de los artículos 4 y 5 y su anexo del R.D. 629/1993, de 3 de mayo , y los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de la jurisprudencia que los interpreta.

**SEXTO** .- *Decisión de la sala* .

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

De la redacción de las cláusulas antes transcritas se deduce la complejidad del producto (expresamente reconocido en el clausulado) y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.



Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

A la parte demandante se le ofreció un «seguro», con lo cual se aseguraba frente a las subidas del tipo de interés, omitiendo información clara sobre las consecuencias de la bajada de los tipos de interés, con lo que facilitaron una información tendenciosa, incompleta y que indujo a una representación errónea de las consecuencias.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección a la persona jurídica pues la disyuntiva no es **consumidor** o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

**SÉPTIMO** .- *Doctrina de esta sala sobre los «Clip» de Bankinter* .

Esta sala en sentencias 354/2017, de 2 de junio ; 509/2016, de 20 de julio ; 25/2016, de 4 de febrero , entre otras refieren supuestos relativos a los Clip de Bankinter, refiriendo la existencia de error excusable ante el déficit informativo por parte del banco, en un supuesto en el que el producto debía calificarse de complejo.

En sentencia 231/2017, de 6 de abril (también sobre Clip de Bankinter), se declara:

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que quien tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

**OCTAVO** .- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

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. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos de permuta financiera litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, 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».

**NOVENO** .- *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran 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 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre ).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, consta que la información precontractual facilitada fue claramente sesgada al calificar el producto como un «seguro».

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

En concreto no se practicó test de idoneidad.

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.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del pleno de esta sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.



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

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

5.- Esta obligación informativa se acrecienta en el segundo contrato, que se regula por la normativa postMifid.

6.- En cuanto al encadenamiento de los contratos, derivado de la previa existencia de un contrato de swap, debemos declarar que ambos forman parte de un único negocio jurídico, en cuanto el segundo es una renovación del primero, dado que la extinción pactada del primero, fue un antecedente necesario para la contratación del segundo, según negociaron las partes, como ya dijimos (FDD segundo).

Esta sala en sentencia 107/2017, de 17 de febrero, declaró:

«La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento, ha sido compendiada en la reciente sentencia 691/2016, de 23 de noviembre .

»En esta sentencia, se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero, y 503/2016, de 19 de julio :

»"Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

»Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 CC "».

7.- 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 ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil ).

**DÉCIMO** .- No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir. ( arts. 394 y 398 LEC ).

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia, y sin expreso pronunciamiento en las de apelación.

**FALLO**



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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Cerney S.A., contra sentencia de 23 de febrero de 2015, dictada en el recurso de apelación núm. 45/2015, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza .

2.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, estimamos la petición principal de la demanda (nulidad de los contratos firmados), debiendo restituirse las partes las prestaciones, recíprocamente percibidas, con los correspondientes intereses legales.

3.º- No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir.

4.º- Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia y sin expreso pronunciamiento en las de apelación.

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.

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso n.º 1218/2015.

Con el respeto que me merece el parecer mayoritario de la Sala, expreso -mediante el presente voto particular- mi discrepancia con la solución adoptada en el presente caso, pues considero que -sin oposición a la doctrina de esta sala expresada con ocasión de la comercialización de productos bancarios- lo adecuado en el caso presente era la desestimación de la demanda tal como resolvieron tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Zaragoza. Para ello he sostenido que la sentencia debe expresarse en los siguientes términos:

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Cerney S.A. interpuso demanda contra Bankinter S.A. pretendiendo que se declarara la nulidad y consiguiente falta de eficacia obligatoria de dos contratos de naturaleza financiera celebrados con la demandada, con devolución de prestaciones en ambos casos; el primer contrato se había celebrado el 3 de marzo de 2007 y el segundo el 1 de julio de 2009. Alegaba para ello la demandante una doble razón jurídica: 1) En primer lugar, error en el consentimiento prestado respecto del contrato de 3 de marzo de 2007, denominado comercialmente Clip Bankinter 07 3.3, y funcionalmente como de gestión de riesgos financieros con un nominal de 1.000.000 de euros y una barrera desactivante que anula su pretendida eficacia de cobertura del riesgo del tipo de interés; y del subsiguiente contrato de 1 de julio e 2009, que sustituyó al anterior, denominado Clip Bankinter 07 3.3/ACT.I, también con un nominal de 1.000.000 de euros; y 2) En su caso y alternativamente, que se declare la nulidad por falta, ilicitud o falsedad de la causa en ambos contratos de pura especulación y que no estaban bien calculados en su diseño por la entidad de crédito demandada para servir como cobertura de la deuda financiera de la actora, ya que en modo alguno han cumplido tales contratos derivados -o de permuta financiera- su función de reducir o anular el riesgo de tipo de interés de la deuda viva de la sociedad actora. Afirmaba la demandante que no estaba preocupada especialmente por la posible variación de los tipos de interés que afectaban a su pasivo financiero y que la iniciativa para formalizar los dos contratos derivados -mediante una recomendación personalizada- fue de la entidad de crédito demandada, quien no evaluó la conveniencia ni idoneidad alguna de ambas operaciones financieras sobre instrumentos derivados en relación a su cliente minorista, condición de la que participa la sociedad actora. Además la demandada aludía con la expresión «seguro» a la naturaleza del contrato ofertado y anunciaba en su publicidad, remitida por correo electrónico a la empresa, que ese producto era un seguro y se afirmaba por escrito «que no era un producto especulativo». Existía también un coste de cancelación desorbitado para la extinción del primer contrato derivado celebrado el 3 de marzo de 2007 bajo el imperio del Real Decreto 629/1.9993, de 3 de mayo y su anexo.

Tanto el Juzgado como la Audiencia consideran que los contratos tienen causa y que no existe error invalidante en la prestación del consentimiento por la entidad demandante.



**SEGUNDO.-** El primero de los motivos del recurso de casación se formula por infracción de los artículos 1261.3, 1274 y 1288 CC y de la doctrina que los interpreta, a efectos de que se formule doctrina por esta sala respecto de la causa de los contratos de swap.

Sostiene la parte recurrente que la causa de ambos contratos es puramente aleatoria bajo la excusa de la eventual subida y bajada de los tipos de interés y que un contrato sin causa o con causa viciada es nulo de pleno derecho tal y como predica el artículo 1261.3 del Código civil y la jurisprudencia que lo ha interpretado. Los dos contratos swap, de supuesta cobertura de los riesgos financieros ofrecidos por Bankinter S.A. a Cerney S.A. fueron configurados para que tal cobertura no fuera real sino para que, cuando bajasen los tipos de interés, ganase el banco mucho dinero y lo perdiese su cliente y para el caso de que subiesen los tipos de interés puso una barrera desactivante para reducir el riesgo real del banco a solo un 0,1 % anual.

Pues bien, con independencia de la cuestión referida al posible error en el consentimiento -sobre el que no versa el motivo- lo alegado por la parte recurrente no afecta a la existencia de una verdadera causa onerosa en el contrato la cual no puede ser considerada ilícita de conformidad con lo establecido en el artículo 1276 CC. La causa en los contratos constituye uno de los conceptos más problemáticos del Derecho Civil, debido fundamentalmente a la escasez de su regulación y a la pluralidad de los significados que se le han pretendido atribuir. La causa -distinta de los motivos concretos que determinan el consentimiento en cada caso- se encuentra en el fin o resultado perseguido por las partes con la celebración del contrato. Todo contrato ha de tener una causa que ha de ser verdadera y lícita. El ordenamiento jurídico reconoce validez al contrato porque el mismo se dirige a la consecución de un fin valorado positivamente o, al menos, no prohibido. Para que haya contrato no basta con que un deudor quiera obligarse; es necesario preguntarse por qué razón asume esa obligación, y la respuesta a esta pregunta es la causa. De ahí que habrá que examinarla en relación con el momento de celebración del contrato y, salvo los casos de ruptura de la base del negocio -distintos del que aquí se examina- en ningún caso puede depender su existencia y validez de circunstancias posteriores al mismo. En los casos -como el presente- en que se contrata sobre la base de una aleatoriedad aceptada por las partes con conocimiento pleno de su existencia -lo que, por otra parte, afecta al consentimiento y no a la causa- de modo que se puede experimentar una pérdida o una ganancia patrimonial según circunstancias posteriores a la celebración del contrato, no puede negarse la causa y su validez por el mero hecho de que la parte que alega la nulidad no se haya apercibido de los riesgos reales del producto, pues esto afectará claramente a la prestación del consentimiento y a si el mismo está o no viciado, pero no a la causa del contrato que permanece con las mismas características que en el momento de la suscripción de modo que una parte se obliga porque también lo hace la contraria.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** El segundo motivo del recurso se formula por infracción legal de los artículos 1265, 1266 y 1258 CC y de los artículos 4 y 5 y su anexo del R.D. 629/1993, de 3 de mayo, y los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de la jurisprudencia que los interpreta. Sostiene la parte recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha incurrido en diversas contradicciones argumentales que le han conducido a una conclusión equivocada y contraria a la realidad de los hechos respecto del error contractual, calificable de vicio del consentimiento, por la equivocación padecida por Cerney S.A. a quien se le ofrece un contrato calificado de «seguro» con una eficacia del todo distinta a las consecuencias perjudiciales que, de hecho, se han derivado del mismo. Cita la doctrina de esta sala sobre el error como vicio del consentimiento contenida en las sentencias de 19 de diciembre de 2003 o las de 5 de marzo y 16 de junio de 2004.

La Audiencia, en la sentencia ahora recurrida, viene a decir que el propio Sr. Darío, encargado del departamento económico-financiero de la demandante, mantuvo en su declaración que, si bien se le vendió un seguro, se refería a la función y no a un producto de esta naturaleza; y añade la sentencia impugnada que su relación con las entidades bancarias en general permite inferir que la naturaleza del contrato en nada le era -o le debía ser- extraña, pues reconoce que tenía con las entidades en aquellas fechas, líneas de crédito, líneas de descuento y leasing, líneas de confirming y otras.

Las sentencias que la parte recurrente trae a la consideración de esta sala en relación con el motivo que formula se refieren a una serie de cuestiones ajenas a lo que aquí se trata y reflejan distintas situaciones que afectan a los derechos de información del **consumidor** en la contratación bancaria. Pues bien, en el caso presente hemos de compartir las argumentaciones de las sentencias dictadas en ambas instancias sobre la inexistencia del error vicio que se predica respecto del consentimiento prestado en nombre de la demandante. No puede desdeñarse el dato cierto de que existió un primer contrato de 3 de marzo de 2007 (doc. 6 de la demanda) y otro de 1 de julio de 2009 (doc. 8 de la demanda) que contenía el pacto expreso de cancelación del anterior. Este segundo contrato contiene como condiciones particulares una mención sobre «Aviso de riesgos del producto» cuyo texto es el siguiente:



#### «AVISO DE RIESGOS DEL PRODUCTO

»El Producto al que se refiere el presente Contrato es un producto complejo que requiere de profundos conocimientos sobre el funcionamiento de los mercados y cuya finalidad no es generar beneficios.

»El Cliente está contratando un producto financiero referenciado a la evolución de los tipos de interés y, como tal, asume el riesgo de que los pagos a realizar por el cliente sean superiores a los cobros a recibir por el cliente de acuerdo con lo establecido en las condiciones particulares. Este riesgo puede traducirse en cargos en la cuenta del Cliente por las liquidaciones periódicas del Producto que resulten negativas. Asimismo, puede generarse un cargo en la cuenta del Cliente como consecuencia de la cancelación anticipada del Clip, de acuerdo con lo establecido en las Condiciones Generales. La magnitud de los importes dependerá, entre otros, de las condiciones del Clip concreto, del importe nominal contratado, del plazo pendiente hasta el vencimiento del Clip y de la situación de los mercados de tipos de interés.

»Asimismo, se hace constar que el Producto al que se refiere el presente Contrato tiene como finalidad la estabilidad de los costes financieros, sin que pretenda ser una cobertura específica sobre una financiación a tipo de interés variable determinada. Por lo tanto, puede ocurrir que no coincidan la periodicidad de las liquidaciones, el tipo de interés de referencia u otras características del Producto con (toda o parte de) la financiación que se pretende cubrir y por tanto que el Producto contratado no llegue a cumplir con la estabilidad deseada.»

Más abajo, en recuadro, se marcan con un «sí» las siguientes proposiciones: 1) El cliente declara conocer las características del producto y entender el riesgo que asume con su contratación; 2) El cliente declara tener experiencias en la contratación de productos de esta naturaleza en los últimos años. A continuación figura la fecha y la firma del representante de Cerney S.A.

En el caso presente se enlazan los dos contratos para solicitar la nulidad de ambos cuando el primero de ellos, el de 2007, había sido extinguido en sus efectos de común acuerdo y sustituido por el de 2009, en el cual se contienen las declaraciones a que se ha hecho referencia. Dicha actuación de la demandante que, según sus propias afirmaciones, conocía las circunstancias del primer contrato y las posibles causas de nulidad del mismo cuando procedió a dejarlo sin efecto con celebración de uno nuevo, comportan la extinción de la acción de nulidad respecto de él conforme a lo dispuesto por los artículos 1309 y siguientes del Código Civil, ya que -si la anulabilidad del primero de los contratos era ya conocida por la parte- bien pudo omitir la celebración del segundo e invocarla en ese momento alegando el error sufrido como invalidante del consentimiento prestado y del contrato, pues se trata de una entidad que aparece representada por quien tenía conocimiento suficiente en las operaciones bancarias que estaba realizando, según concluyó tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia y se deriva de sus propias manifestaciones.

Esta situación no es la presente en los supuestos jurisprudenciales aportados por la parte recurrente que, por lo tanto, no determinan la existencia de un interés casacional apto para dejar sin efecto lo resuelto en la instancia. Es cierto que esta sala, en sentencia, entre otras, núm. 744/2015, de 30 diciembre, ha negado la existencia de confirmación en un supuesto de contratos encadenados de similar naturaleza, pero lo ha hecho bajo la afirmación de que no concurría en tal caso el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1311 CC, situación distinta de la que se da en el caso presente en el cual, conocido su «error» por la parte demandante respecto del primer contrato de 2007, consiente en dejarlo sin efecto «por mutuo disenso» -según expresa en su escrito de recurso- y firma un nuevo contrato - cuyo contenido lógicamente tuvo que examinar- al cual considero que no podría extenderse el afirmado "error" sufrido en el primero dados los términos en que aparecía redactado; y si lo que se trataba era de una imposición por parte del banco al cliente para poder evitar un mal mayor no nos encontraríamos ante una nulidad derivada de error. En definitiva, siendo el firmante en nombre de Cerney S.A. persona concedora de los contratos bancarios, lo procedente habría sido -en su caso- pedir en su momento la nulidad del primer contrato sin llegar a suscribir el segundo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

**CUARTO.-** La desestimación del recurso supone la confirmación de la sentencia recurrida y la condena en costas a la parte recurrente ( artículos 394 y 398 LEC ) con pérdida del depósito constituido para su interposición.