



Roj: **STS 3340/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3340**

Id Cendoj: **28079110012018100535**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2018**

Nº de Recurso: **332/2016**

Nº de Resolución: **545/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17633/2015,**
STS 3340/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 545/2018

Fecha de sentencia: 03/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 332/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.º

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 332/2016

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 545/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2015, dictada en recurso de apelación 305/2015, de la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 476/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Caravaning Madrid S.A., representado en las instancias por la procuradora Dña. María Jesús Mercedes Pérez Arroyo, la cual causó baja durante las diligencias de segunda instancia por lo que se personó en su lugar el procurador D. Raúl Sanguino Medina, bajo la dirección letrada de D. Juan Francisco Iglesias Ortega, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador D. Raúl Sanguino Medina en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, bajo la dirección letrada de D. José Luis Terrón Guijarro.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Caravaning Madrid S.A., representada por la procuradora Dña. María Jesús Pérez Arroyo y dirigida por el letrado D. Jesús Iglesias Ortega, interpuso demanda de juicio ordinario contra 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, con expreso acogimiento de los argumentos expuestos:

»1) Declare la nulidad del contrato de riesgos financieros (CLIP) (documento núm. 3) suscrito entre las partes litigantes por manifiesto vicio en el consentimiento prestado por la actora y la absoluta indeterminación del objeto del contrato.

»2) Condene a Bankinter S.A. a la retrocesión de todos los apuntes contables derivados del referido contrato, y, como resultado, tal y como se ha expuesto en el hecho quinto, reintegre a mi representada la cantidad de 22.454,95.-?, más los intereses legales desde la presentación de esta demanda.

»Y todo ello con expresa condena a la demandada de las costas causadas en el presente procedimiento».

2.- El demandado la entidad bancaria Bankinter S.A., representada por la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. José María García Rodríguez, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario, 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 admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 31 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora de los tribunales Sra. Pérez Arroyo en nombre y representación de Caravaning Madrid S.A. contra Bankinter S.A. y en su mérito declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito el 28 de mayo de 2007 con nombre comercial Clip Bankinter 07-7.3 y ordeno a las partes a la recíproca restitución de lo percibido por mor del contrato más los intereses devengados desde el pago de las liquidaciones. Con expresa condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 17 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A., contra la sentencia de 31 de octubre de 2014 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 11 de Madrid, dictada en el procedimiento 476/2013, revocamos dicha resolución.

»En su lugar, con desestimación de la demanda formulada por Caravaning Madrid, S.A., absolvemos de sus pretensiones a la demandada Bankinter S.A.; sin hacer imposición de costas en ninguna de las dos instancias».

TERCERO.- 1.- Por la entidad Caravaning Madrid S.A. se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:



Primer motivo.- Por el cauce del art. 477.2 , 3.º, se denuncia la infracción de los arts. 4 y 14 del Real Decreto 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios , de los arts. 1 , 2 , 4 y 5 del anexo del mismo Real Decreto 629/1993 , de los arts. 79 y 80 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del art. 7 del Código Civil , por oponerse la sentencia impugnada a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que recoge la aplicabilidad de dicha normativa y la interpreta, en litigios idénticos al presente, solicitando, por tanto, de la Sala Primera del Tribunal Supremo fije la jurisprudencia correcta.

Segundo motivo.- Por el cauce del art. 477.2.3.º, se denuncia la infracción de los arts. 1261 , 1265 , 1266 y 1269 del Código Civil , sobre el error y dolo como causas del vicio del consentimiento contractual y el carácter excusable o inexcusable del error, existiendo interés casacional por oponerse la sentencia impugnada a la reiterada y reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que recoge la doctrina relativa a la interpretación de dichos preceptos y la incidencia del incumplimiento del adecuado deber de información de la entidad bancaria para la apreciación del error vicio del consentimiento cuando, como en el presente caso, existe asesoramiento financiero al cliente, solicitando, por tanto, de la Sala Primera del Tribunal Supremo fije la jurisprudencia correcta.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de abril de 2018 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la entidad Bankinter S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1.- La demanda.

- Se interpuso por una sociedad anónima frente al banco (Bankinter, S.A.).

- Sobre nulidad por error vicio de un contrato de swap suscrito el 28 de mayo de 2007.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

3.- En la sentencia de segunda instancia se estimó el recurso de apelación del banco demandado y se desestimó la demanda.

En esta sentencia se incide, especialmente, en el perfil del cliente (una sociedad de capital) y de su representante legal, y en la diligencia de un buen empresario que le es exigible, se toma en consideración que no leyó el contrato, y se considera que el contenido contractual le hubiera permitido no incurrir en error.

En la sentencia se describe el resultado de la prueba testifical del empleado del banco, según la cual se le informó de la posibilidad de liquidaciones negativas y se hicieron escenarios con porcentajes aunque no con números reales.

4.- Recurso de casación.

Se interpone por la sociedad anónima demandante en interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre:

Normativa aplicable y su alcance, relativa al deber de informar al cliente minorista, y la relevancia de su incumplimiento para apreciar error vicio excusable.

SEGUNDO .- *Hechos no contradichos* .

1.- Se trata de un contrato de permuta financiera, que el banco denomina CLIP, sujeto a la normativa pre MIFID.

2.- La demandante es una sociedad de ámbito familiar, sin departamento financiero.

3.- No consta experiencia del administrador en productos financieros complejos o derivados.

4.- No consta que se aportase información precontractual escrita.

5.- El producto no se contrató con finalidad especulativa, sino ligado a una operación de crédito.

6.- En el informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores consta:



«En cambio, el documento publicitario aportado (a la queja) no es equilibrado en su contenido, dado que, aunque se informa sobre las características del producto, se destacan sus presuntas ventajas sin hacer referencia expresa a sus desventajas y/o riesgos. Todo ello a pesar de que se trata de un producto de riesgo elevado».

TERCERO .- *Motivos primero y segundo.*

1.- Primer motivo.- Por el cauce del art. 477.2, 3.º, se denuncia la infracción de los arts. 4 y 14 del Real Decreto 629/1993, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, de los arts. 1, 2, 4 y 5 del anexo del mismo Real Decreto 629/1993, de los arts. 79 y 80 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y del art. 7 del Código Civil, por oponerse la sentencia impugnada a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que recoge la aplicabilidad de dicha normativa y la interpreta, en litigios idénticos al presente, solicitando, por tanto, de la Sala Primera del Tribunal Supremo fije la jurisprudencia correcta.

2.- Segundo motivo.- Por el cauce del art. 477.2.3.º, se denuncia la infracción de los arts. 1261, 1265, 1266 y 1269 del Código Civil, sobre el error y dolo como causas del vicio del consentimiento contractual y el carácter excusable o inexcusable del error, existiendo interés casacional por oponerse la sentencia impugnada a la reiterada y reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que recoge la doctrina relativa a la interpretación de dichos preceptos y la incidencia del incumplimiento del adecuado deber de información de la entidad bancaria para la apreciación del error vicio del consentimiento cuando, como en el presente caso, existe asesoramiento financiero al cliente, solicitando, por tanto, de la Sala Primera del Tribunal Supremo fije la jurisprudencia correcta.

Procede rechazar la causa de inadmisibilidad, en cuanto en el recurso se respeta la base fáctica, al tiempo que impugna la argumentación jurídica.

CUARTO.- *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».



QUINTO.- *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 de 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, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

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.

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 euribor 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.- 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 desestimar el recurso de apelación, interpuesto por la demandada, contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

Sobre producto similar se ha pronunciado esta sala en reciente sentencia 452/2018 de 11 de julio, en el mismo sentido.

SEXTO.- Costas y depósitos.

No procede pronunciamiento sobre costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia a la demandada.

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 Caravaning Madrid S.A. contra sentencia de 17 de diciembre de 2015, de la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (apelación 305/2015).

2.º- Se casa y anula la sentencia recurrida, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A. contra la sentencia de primera instancia, de 31 de octubre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Madrid (procedimiento ordinario 476/2013), que se confirma.

3.º- No procede pronunciamiento sobre costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

4.º- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

5.º- Se mantiene la imposición de costas de la primera instancia a la demandada.

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.