

Roj: STS 2386/2018 - **ECLI:**ES:TS:2018:2386

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2936/2015

Nº de Resolución: 370/2018

Fecha de Resolución: 19/06/2018

Procedimiento: Civil

Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Reiteración de doctrina jurisprudencial sobre los deberes de información de las entidades financieras. Clip Bankinter.

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 370/2018

Fecha de sentencia: 19/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2936/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA. SECCIÓN 1.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2936/2015

Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 370/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Promociones Kalnati S.L., representada por la procuradora D.^a Consuelo Rodríguez Chacón bajo la dirección letrada de D. Manuel Alcoba Salmerón, contra la *sentencia dictada en fecha 17 de junio de 2015 por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación n.º 830/2014* dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 378/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Almería, sobre nulidad de contrato de gestión de riesgos financieros. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A., representado por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D.^a María Paz Barrera Vargas.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Promociones Kalnati S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que estimando íntegramente la demanda, se declare la nulidad del Contrato de Gestión de Riesgos Financieros, acompañado como documento número UNO de la demanda, y en su consecuencia, se condene a la demandada a restituir a mi mandante la cantidad de treinta y seis mil ciento treinta y seis euros con sesenta y cinco céntimos (36.136,65 euros), más los intereses legales, y todo ello con expresa imposición de costas».

2.- La demanda fue presentada el *22 de febrero de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Almería y fue registrada con el n.º 378/2012*. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Bankinter S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del *Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Almería* dictó sentencia de fecha 11 de junio de 2013, con el siguiente fallo:

«Que estimo la demanda formulada por Promociones Kaltani S.L. frente a Bankinter S.A. y debo;

»1.- Declarar la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros de fecha 7 de mayo de 2008 entre las partes, con obligación de restitución de todas las liquidaciones practicadas en virtud de dicho contrato por parte de la demandada.

»2.- Condenar a la demandada a devolver a la actora en consecuencia, la cantidad de treinta y seis mil ciento treinta y seis euros con sesenta y cinco céntimos (36.136,65), con el interés legal devengado desde la fecha de emplazamiento a la demanda, incrementado en dos puntos a partir de la fecha de esta resolución, hasta su completo abono.

»3.- Las costas procesales se imponen a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankinter S.A.

2.- La *resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, que lo tramitó con el número de rollo 830/2014* y tras seguir los correspondientes trámites dictó *sentencia en fecha 17 de junio de 2015*, con el siguiente fallo:

«Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto contra la *sentencia de 11 de junio de 2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Almería*, procedimiento 378/2012 y en consecuencia debemos revocar y revocamos la misma y en su lugar:

»Primero: Debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta con expresa imposición de costas a la actora de primera instancia.

»Segundo: Sin expresa imposición de costas en esta instancia».

TERCERO *.- Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Promociones Kalnaty S.L. interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación es el siguiente que además tiene varios apartados:

«Único.- Infracción normativa aplicable por razón de vigencia; infracción legal

del artículo 78 bis 1 , 2 , 3 y 4, así como del artículo 79 bis 1 , 2 , 3 , 4 , 6 y 7, todos ellos de la Ley del Mercado de Valores , en su redacción dada por Ley 47/2007; e infracción legal de los artículos 61,1, así como 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero ; así como la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, relativa a estos preceptos, aplicable a la cuestión objeto de debate; al igual que infracción legal de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ; así como de la jurisprudencia reiterada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sentencias de fechas 23 de julio de 2001 (RJ/2001/8413), 12 de julio de 2002 (RJ/2002/7145) y de fecha 23 de junio de 2009 (RJ/2009/4230), en supuestos de análisis de contratos financieros complejos entre bancos y clientes, y que vienen a consagrar, cómo el consentimiento prestado con error esencial, invalida el consentimiento y determina la nulidad del contrato.

»Apartado A).- Infracción de la normativa aplicable, por razón de vigencia. La sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, infringe la normativa aplicable, por razón de vigencia, a la fecha de la contratación, del contrato objeto de litis, cuya nulidad se pretende.

» Apartado B).- Infracción del artículo 78 bis 1 , 2 , 3 y 4 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores ; y del artículo 61,1 del Real Decreto 217/2008 . La sentencia de la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, infringe el artículo 78 bis 1 , 2 , 3 y 4 de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores , en su redacción dada por la Ley 47/2007; así como el artículo 61,1 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero , dicho sea con el debido respeto y en estricto ánimo de defensa, relativos a la clase y clasificación de clientes.

»Apartado C).- Infracción por oposición a la doctrina jurisprudencial. La sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, objeto del recurso de casación, se opone a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre la clasificación de clientes profesionales y minoristas del artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores , y del artículo 61 del Real Decreto 217/2008 .

» Apartado D).- Infracción del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , en su redacción dada por Ley 47/2007.

» Apartado E).- Infracción de los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 . La sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, objeto del recurso de casación, infringe los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 .

»Apartado F).- Infracción por oposición a la doctrina jurisprudencial. La sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Almería, objeto del recurso de casación, se opone la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre las obligaciones de información del artículo 79 bis 6 y 7 de la Ley del Mercado de Valores en su redacción dada por Ley 47/2007, y sobre la evaluación de la idoneidad de los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 .

» Apartado G).- La sentencia impugnada infringe los artículos 1265 y 1266 del Código Civil ; así como se opone a la jurisprudencia reiterada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sentencias de fechas 23 de julio de 2001 (RJ/2001/8413), 12 de julio de 2002 (RJ/2002/7145) y de fecha 23 de junio de 2009 (RJ/2009/4230), sobre dichos preceptos sustantivos, en supuestos de análisis de contratos financieros complejos entre bancos y clientes, y que vienen a consagrar, cómo el consentimiento prestado con error esencial, invalida el consentimiento y

determina la nulidad del contrato».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Promociones Kalnati S.L., contra la *sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de junio de 2015, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, en el recurso de apelación n.º 830/2014*, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 378/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Almería».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 17 de mayo de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de junio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

Son antecedentes de hecho necesarios para la resolución del presente recurso, tal y como han quedado acreditados en la instancia, los siguientes.

1.- Promociones Kalnati S.L. y Bankinter S.A. suscribieron el 26 de junio de 2007 un contrato de condiciones generales de Gestión de Riesgos Financieros en el marco del cual suscribieron un primer contrato de condiciones particulares por un importe de 400.000 euros, inicio del producto 18 de julio de 2007 y vencimiento 19 de julio de 2010. El 7 de mayo de 2008 las partes cancelaron ese contrato y suscribieron unas nuevas condiciones particulares, con fecha de inicio del producto el 14 de mayo de 2008 y vencimiento el 15 de agosto de 2011.

El 9 de febrero de 2012, Promociones Kalnati S.L. interpone demanda contra Bankinter S.A. en la que solicita, al amparo de los *arts. 1303, 1265 y 1266 CC* y de los *arts. 79 LMV y 48 de la Ley 26/1988*, que se declare la nulidad del contrato suscrito por las partes de Gestión de Riesgos Financieros y se ordene la restitución de la cantidad de 36.136,65 euros, correspondiente a las pérdidas que dicho producto le ha generado. Alega que el contrato le fue ofrecido por la entidad sin proporcionarle información sobre la verdadera naturaleza de lo contratado, que en un apartado el contrato garantiza la estabilidad frente a la subida de los tipos de interés y en otro diluye la posibilidad de pérdidas para el cliente bajo el eufemismo de que pueden no existir beneficios para el cliente, y que no se informó sobre el riesgo de lo que podía suceder en caso de una bajada de los tipos de interés ni tampoco del coste de cancelación.

La demandada se opone alegando que el contrato es una permuta sobre los tipos de interés cuya sucinta lectura permite comprender cómo funciona, más cuando

el cliente es administrador de otras sociedades en cuyo nombre ha suscrito otros contratos iguales y posee una dilatada experiencia en la contratación de productos financieros; que el producto se dirigía a proteger frente a subidas de interés de forma vinculada al endeudamiento del cliente y que solo se ha quejado cuando las liquidaciones han sido negativas; que el contrato impugnado contenía un recuadro en el que el administrador marcó que declaraba conocer las características del producto y el riesgo que asumía en su contratación; que el administrador suscribió una declaración de conocimientos y experiencias de inversión en el que declara tener un conocimiento medio de los fondos garantizados (fechado 24 enero 2011, doc. 14 de la contestación) y un cuestionario de preferencias de inversión (7 octubre 2008, doc. 15 de la contestación) en el que se manifiesta como un inversor moderado que acepta un riesgo medio de pérdida a cambio de una expectativa de mayor rentabilidad y declara conocer las características de los productos que ofrece la entidad; que transcurrió un tiempo entre el contrato marco y el contrato que impugna; que el coste de cancelación, aparte de no ser una cláusula esencial, no puede calcularse con anticipación.

2.- La sentencia del Juzgado estima la demanda, declara la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por las partes y condena a la demandada a abonar 36.136,65 euros con intereses desde el emplazamiento a la demanda.

El Juzgado razona: que el contrato de mayo de 2008 era una novación del contrato de 2007; que la demandante, dedicada a la promoción y construcción de edificios, a efectos de la contratación del producto, era minorista no profesional, por lo que la demandada estaba obligada a informar sobre las consecuencias de la evolución de los tipos de interés, lo que resulta que no se cumplió a la vista de la prueba practicada, documental y testifical; que de la simple lectura del contrato no resulta con claridad el mecanismo de funcionamiento del producto, dada su complejidad, si no es con asesoramiento y asistencia de un experto cualificado; que si el cliente no solicitó la cancelación antes de los saldos negativos es porque difícilmente pudo conocer y comprender la dimensión real de lo que podía ocurrir, pues se trataba de persona ajena al mundo especulativo; que el banco no cumplió con las exigencias informativas que le impone la normativa MIFID, pues no hay ningún documento que lo acredite e incumbe al banco la carga de la prueba: que es irrelevante que el cliente contratara antes y después otros contratos de características similares con la demandada porque los efectos de estos productos no se comprenden con plenitud por quien no es profesional del sector hasta que se producen las liquidaciones negativas a cargo del cliente; que la fórmula de la cancelación anticipada que preveía el contrato en realidad era una cláusula de penalización, por cuanto el cliente debía abonar el precio existente o subyacente al tiempo de su resolución con sujeción a la totalidad de las liquidaciones periódicas pendientes hasta su vencimiento, de modo que era un extremo relevante y esencial del contrato sobre el que no se informó por el banco al contratar; la demandada no desplegó ninguna actividad complementaria para informar al cliente sobre el tipo de producto que iba a contratar; por todo ello, la falta de la necesaria información precontractual da lugar a un error sobre la esencia del contrato.

3.- Interpuesto recurso de apelación por el banco, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia y desestima la demanda. En síntesis, la sentencia razona: que la actora es una persona jurídica que ha tenido productos similares y cuyo administrador los utiliza habitualmente y por tanto con conocimiento de la operatividad de los mismos; que el conocimiento del representante legal, la contratación anterior de la persona jurídica demandante de otro producto similar, el clausulado del contrato

(condiciones particulares) en donde se recoge expresamente el conocimiento y la información, el cuestionario aportado de preferencias de inversión (documento 15) y el tiempo transcurrido entre la contratación marco y el producto en concreto, mediando la cancelación de otro producto entre tanto, conllevan una interpretación contraria a la que pretende la demandante en aplicación de lo dispuesto en los *arts. 1281 y 1282 CC* ; que no nos encontramos ante un cliente minorista ni se han incumplido los deberes de información: se trata de un profesional con experiencia en este tipo de productos (tanto por sí mismo como por quien lo representa); los deberes de información «parten de su concepción inicial como cliente minorista lo que evidentemente queda igualmente arrastrado por el axioma del que se parte».

SEGUNDO.- *Recurso de casación*

1.- La demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional y por el motivo que aparece en los antecedentes de esta sentencia. En el desarrollo del motivo razona que la sentencia recurrida infringe el *art. 78 bis LMV* y el *art. 61 RD 217/2008* que lo desarrolló, al considerarla como inversor profesional cuando en realidad, de acuerdo con la normativa citada es minorista, tal y como la calificó el juzgado, lo que es una cuestión estrictamente jurídica; añade que en la contratación solo intervino un administrador, al que la sentencia le atribuye experiencia, pero no el otro, a pesar de que la administración es mancomunada; que el contrato de 2007 que la sentencia recurrida considera como manifestación de la experiencia inversora se canceló a iniciativa del banco para ajustarlo a las condiciones de mercado y no había generado liquidaciones negativas, por lo que el cliente por esa experiencia y sin información por parte de la entidad no podía conocer al contratar el producto impugnado el riesgo que conllevaba; que los documentos sobre declaración de conocimientos y experiencia son posteriores al contrato impugnado y los contratos que se aportan de fondos de inversión posteriores nada pueden acreditar sobre los conocimientos que tenía en el momento de contratar el producto que se impugna; que hubo asesoramiento, pero el banco no hizo los test que exige la ley ni ha acreditado que cumpliera las exigencias de información que vienen requeridas por la legislación aplicable según la interpretación realizada por la Sala Primera para considerar que no hay error vicio del consentimiento y que aunque se hubieran contratado otros productos semejantes sería preciso que se le informara adecuadamente en las ocasiones anteriores.

2.- El banco se opone al recurso alegando causas de inadmisión y de desestimación y solicita la confirmación de la sentencia recurrida. Argumenta que no concurre interés casacional y que no respeta la base fáctica de la sentencia.

Como motivos de oposición, el banco alega que se acumulan infracciones diferentes en un solo motivo y se menciona normativa que no es aplicable al caso, que se hace supuesto de la cuestión y se parte de hechos diferentes a los probados, que la apreciación del error está en función de las circunstancias del caso y, en el presente, el administrador de la sociedad tenía fondos de inversión y experiencia previa en la contratación de productos de la naturaleza del litigioso por lo que, aunque no cumpliera estrictamente los requisitos que la ley le exige para calificarlo como inversor profesional y fuera minorista, el incumplimiento de los deberes de información no permite presumir el error.

TERCERO.- *Decisión de la sala*

1.- *Admisibilidad del recurso.* Debemos rechazar, en primer lugar, los

órbices de admisibilidad invocados por la demandada ahora recurrida pues, como recuerda la *sentencia 184/2018, de 5 de abril*, esta sala tiene establecido que la exigencia de decisión expresa en la sentencia sobre las causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por el recurrido en su escrito de oposición debe entenderse circunscrita a lo que se consideran causas de inadmisión absolutas, como son las de no reunir la resolución de que se trate los requisitos establecidos para ser recurrible, falta de postulación, interposición de los recursos fuera de plazo, falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión, falta de cumplimiento de los presupuestos para recurrir en los casos especiales previstos en el *art. 449 LEC* e inexistencia de gravamen, sin que deban ser consideradas ahora aquéllas que afectan al fondo de la cuestión planteada.

En el caso, el recurso contiene formalmente un solo motivo que se divide en siete apartados y todos ellos se dirigen de manera conjunta a impugnar la declaración de la sentencia recurrida de que no hubo error vicio del consentimiento en la contratación, de tal manera que: i) se citan normas infringidas indiscutiblemente aplicables al caso (los *arts. 78 bis y 79 bis de la Ley del mercado de valores en la redacción dada por la Ley 42/2007*, así como los preceptos reglamentarios que los desarrollan, lo que está justificado por ser el contrato impugnado de fecha 7 de mayo de 2008; los *arts. 1265, 1266 CC* sobre el error vicio del consentimiento); ii) se delimita el problema jurídico planteado, que no es otro que el de la valoración del tribunal sobre la suficiencia de la información suministrada por la entidad bancaria para cumplir con los deberes que le incumben en atención al perfil inversor de la demandante, lo que constituye propiamente una valoración jurídica apoyada en los hechos probados, que tan sólo se puede impugnar mediante el recurso de casación (*sentencias 731/2016, de 20 de diciembre, y 149/2017, de 2 de marzo*, entre otras); en efecto, las afirmaciones de la sentencia en las que se explican las razones por las que se infiere que la demandante conocía los riesgos de lo que contrataba no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica (*sentencias 331/2016, de 19 de mayo, y 731/2016, de 20 de diciembre*) y, por tanto, pueden ser atacadas por la vía del recurso de casación.

Por tanto, procede entrar a conocer del recurso.

2.- *Decisión de la sala: estimación del recurso de casación.* Por las razones que exponemos a continuación, procede estimar el recurso.

1.a) El *art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, introducido por la Ley 47/2007, de 15 de diciembre, que incorporó la normativa MiFID, imponía a la entidad que presta servicios de inversión la obligación de estudiar el perfil inversor del cliente a quien presta sus servicios de inversión, y de clasificarlo como inversor profesional o minorista. Esta clasificación resulta relevante en la medida en que en el segundo caso la Ley entiende que existe propiamente una asimetría informativa, y por ello impone a la empresa prestadora de servicios de inversión los especiales deberes de información previstos en el *art. 79 bis.3 LMV*. En el apartado 1 del *art. 78 bis LMV* se impone a la empresa de servicios de inversión el deber de clasificar a sus clientes en profesionales y minoristas. Esta previsión legal fue desarrollada reglamentariamente en el *art. 61 del RD 217/2008, de 15 de febrero*, obligando a las entidades a notificar a sus clientes la clasificación de clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles que establezcan, de conformidad con lo dispuesto en los *arts. 78 bis y 78 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio*. Asimismo, deberán comunicar a sus clientes, en un soporte duradero, que les asiste el derecho, en su caso, a exigir una clasificación distinta, indicando las limitaciones que

esa nueva clasificación podría suponer en cuanto a la protección del cliente.

2.a) El art. 78 bis LMV tiene una finalidad accesoria respecto de otras normas, entre ellas el art. 79 bis LMV que, partiendo de la asimetría informativa que existe en la comercialización de productos financieros a inversores no profesionales, impone a la empresa que en esos casos presta estos servicios de inversión especiales deberes de información.

Como dijo la *sentencia 195/2017, de 22 de marzo*, la consecuencia de entender infringido el art. 78 bis LMV por el tribunal de apelación al haber calificado al demandante como inversor profesional cuando debía haberlo considerado minorista, sería que resultarían de aplicación las exigencias de información del art. 79 bis.3 LMV, y la incidencia que su incumplimiento podría tener en la apreciación de la nulidad por error vicio.

3.a) Es jurisprudencia constante de esta sala que, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo (*sentencia 560/2015, de 28 de octubre*, con cita de la *sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014*).

4.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*, *692/2017, de 20 de diciembre*, *403/2017, de 27 de junio*, *360/2017, de 7 de junio*), 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.

5.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*).

6.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 *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*)».

7.a) Partiendo de los hechos probados, la sentencia recurrida no es conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, pues estima el recurso de apelación de la demandada y desestima la demanda, no porque considere probado que la demandada proporcionara información precontractual sobre las características y los riesgos del producto sino porque considera que los deberes de información a que se refiere la demandante son exigibles cuando el cliente es un minorista y niega que la demandante lo sea. En primer lugar, hay que hacer notar que las razones por las que la sentencia recurrida justifica que deba excluirse la calificación de la demandante como minorista no se ajustan a la ley.

La sentencia recurrida no razona los criterios que tiene en cuenta para negar que la demandante (Kalnati) sea minorista y considerarla como inversor profesional. No consta que el banco, antes de la firma de la permuta financiera de 7 de mayo de 2008, hubiera comunicado a la sociedad demandante que le correspondía la clasificación de inversor profesional, a todos los efectos. En consecuencia, Kalnati tampoco dispuso de la posibilidad de contradecir esta clasificación. Este incumplimiento impide que, a los efectos del presente pleito, pueda considerarse a la demandante inversor profesional, al amparo del art. 78 bis.1 LMV.

La sentencia recurrida, aunque no lo dice expresamente, parece inferir el carácter de cliente profesional de la empresa demandante, no del hecho de que encaje en los presupuestos que la ley establece a estos efectos, sino del hecho de que el administrador celebrara contratos semejantes, en particular en representación de otras empresas de las que también era administrador. Tal razonamiento no es correcto. Es posible que, siendo minorista, y a pesar del incumplimiento de los deberes legales de información que en tal caso corresponden al banco, el cliente no padeciera error y conociera los riesgos que asumía al contratar, pero ello no se deduce en el caso a la vista de los hechos probados.

La sentencia recurrida no afirma que hubiera información suficiente por parte de la entidad demandada a la hora de celebrar alguno de esos contratos. La sentencia niega que fueran exigibles los deberes de información por no reconocer a la demandante la condición de minorista, sin que, por lo dicho, explique, con arreglo a lo dispuesto en la ley, las razones por las que no debe ser considerada como tal. A la vista de los hechos probados, el que la demandante hubiera cancelado otro producto semejante al litigioso y luego celebrara otros de la misma naturaleza, ante la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información por parte de la demandada, no es revelador del conocimiento de las características del producto por parte del representante legal, si se atiende a los hechos declarados probados por la sentencia de primera instancia y que la sentencia recurrida no ha alterado. De una parte, porque el contrato de 2007 fue cancelado y novado por el de 2008 por iniciativa de la demandada; de otra, porque los riesgos asumidos por la contratación no pudieron ser comprendidos por la demandante hasta que no se recibieron liquidaciones negativas a su cargo y a favor de la entidad demandada. Tampoco la declaración del cliente sobre su experiencia inversora, en un documento posterior a la celebración del contrato litigioso, ni su declaración como inversor moderado, libera a la entidad del cumplimiento de los deberes de información que le impone la ley respecto de los clientes minoristas.

3.- Dada la estimación del recurso de casación, por las razones antedichas, 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.

CUARTO.- *Costas y depósito*

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 LEC* en relación con su art. 394 procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

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

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 la demandante, Promociones Kalnati S.L., contra la *sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de junio de 2015, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, en el recurso de apelación n.º 830/2014* .

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 11 de junio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Almería* , dimanante del juicio ordinario n.º 378/2012, 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.

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.