



Roj: **STS 1553/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1553**

Id Cendoj: **28079110012018100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2018**

Nº de Recurso: **2395/2015**

Nº de Resolución: **233/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 233/2018**

Fecha de sentencia: 23/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2395/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 25

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2395/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 233/2018**

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 23 de abril de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 16 de junio de 2015, rectificada por auto de 23 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, en el rollo de apelación n.º 25/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 1373/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la entidad mercantil Revestimientos Yeconsa, S.L., representada por la procuradora D.ª María Dolores de Haro Martínez y asistida del letrado Juan Francisco Iglesias Ortega.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida Bankinter, S.A, representada por la procuradora D.ª Rocio Sampere Meneses.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales D.ª María Dolores de Haro Martínez, en nombre y representación de Revestimientos Yeconsa S.L interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, cuyo suplico dice:

«[...] se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del contrato suscrito entre las partes a que se refiere esta demanda, más los intereses legales de dicha cantidad desde que los cargos en la cuenta de mi mandante fueron efectuados, con imposición de las costas procesales.»

2.- Por decreto de 16 de diciembre de 2011 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora de los tribunales D.ª Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter, S.A, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«[...] dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, e imponga las costas a la parte actora.»

4.- El Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid, dictó sentencia el 2 de septiembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda interpuesta en nombre de Revestimientos Yeconsa S.L., contra Bankinter, S.A. declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito entre las partes a que se refiere la demanda, debiendo las partes proceder a la restitución recíproca de todas las prestaciones que hubieran acontecido, en vista de las liquidaciones practicadas, con sus intereses desde sus respectivas fechas de abono, incluidos los 17.282, 61 euros de coste de cancelación. Todo ello con imposición de las costas procesales a la parte demandada.»

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de Bankinter, correspondiendo su tramitación a la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 16 de junio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil «Bankinter, SA» contra la sentencia dictada, en fecha dos de septiembre de dos mil catorce, por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de los de Madrid, en el proceso declarativo sustanciado por los trámites del Juicio Ordinario ante dicho órgano judicial bajo el número de registro 1373/2011 (Rollo de Sala número 25/2015), y en su virtud,

»PRIMERO.- Revocar, y dejar totalmente sin efecto, la mentada sentencia apelada

»SEGUNDO.- Desestimar la demanda interpuesta por la entidad mercantil «revestimientos yeconsa, SL», representada por la procuradora doña María Dolores de Haro Martínez, contra la entidad mercantil «bankinter, SA», representada por la procuradora doña Rocío Sampere Meneses.

»TERCERO.- Absolver a la expresada entidad demandada, «revestimientos yeconsa, SL»S de la pretensión objeto de la antedicha demanda y de todos los pedimentos formulados en ella en su contra.

»CUARTO.- No hacer expresa y especial imposición a ninguna de las litigantes de las costas originadas en ambas instancias del proceso, debiendo, en consecuencia, cada una de las partes, abonar las causadas y devengadas a su instancia y las comunes por mitad.



»QUINTO.- Devolver a la parte recurrente el depósito en su día constituido para la interposición del recurso.

debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina número 6114, sita en la calle Ferraz número 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta NUM000 , bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.»

2.- La procuradora D.<sup>a</sup> Rocio Sampere Meneses, solicitó la rectificación del error material hallado en el fallo de la sentencia, dictando la Audiencia auto el 23 de junio de 2015 , rectificando dicho error.

«Donde dice: TERCERO.- Absolver a la citada entidad demandada, Revestimientos Yeconsa S.L, de la pretensión de la antedicha demanda y de todos los pedimentos formulados en ella en su contra, DEBE DECIR: "TERCERO.- Absolver a la expresada entidad demandada, "Bankinter, S.A. S.L," de la pretensión objeto de la antedicha demanda y de todos los pedimentos formulados en ella en su contra".»

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

1.- La representación procesal de Revestimientos Yeconsa, S.L, interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación con base en los siguientes motivos:

**Recurso extraordinario por infracción procesal.** - se interpone al amparo del art. 469.1.2º de la LEC y se denuncia la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente del arts. 217 de la LEC sobre la carga de la prueba y el art. 218 sobre la motivación y congruencia de la sentencia.

**Recurso de casación:**

Motivo primero.- se denuncia por el cauce del art. 477.2.3º la infracción de los arts. 4 y 14 del Real Decreto 629/1993, sobre Normas de Actuación de los Mercados de Valores y Registros Obligatorios , de los arts. 1 , 2 , 4 y 5 del Anexo del mismo R.D 629/1993

Motivo segundo.- por el cauce del art. 477.2.32 se denuncia la infracción de los artículos 1.261 , 1.265 , 1.266 y 1.269 del Código Civil , sobre el error y el dolo como causas del vicio del consentimiento contractual y el carácter excusable o inexcusable del error

2.- La sala dictó auto el 10 de enero de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Revestimientos Yeconsa, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 16 de junio de 2015 , rectificada por auto de 23 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, en el rollo de apelación n.º 25/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 1373/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de Bankinter, S.A. solicitó la desestimación de los recursos formulados de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 10 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La parte actora solicita en su demanda que se declare nulo el contrato de **permuta financiera** suscrito entre ambos litigantes, cuya fecha de inicio del producto adquirido (Clip Bankinter 07-3.3) se fijó para el 14 de marzo de 2007, por vicio del consentimiento al concurrir error en la formación de su voluntad, en particular por no haber sido informada adecuadamente del producto objeto del contrato en los términos exigidos por la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y RD 629/1993, y habérsele ofrecido como un seguro.

2.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda por los motivos que se pasan a exponer:

(i) Aunque el contrato ha de calificarse de complejo, los términos del mismo y su desarrollo se considera suficientemente claro.



(ii) La parte actora, persona jurídica, fue informada de lo realmente contratado cuando consultó con su gestora al recibir liquidaciones negativas, si bien el representante de aquella había recibido antes el contrato y fue informado de su ejecución, al que se entregó también un folleto informativo, del que resulta con claridad la dinámica del contrato.

(iii) Conoció o pudo conocer el contenido, alcance y trascendencia de la operación que la letra del contrato revela.

El error no tendría el carácter de inexcusable por incurrir en negligencia el administrador, al no informarse previamente.

(iv) Con todo, y no obstante lo anterior, considera: «que la demandada sí incurrió en deficiencia informativa, determinante de la nulidad del contrato por ser condición esencial del mismo y trascender su nulidad a la totalidad del contrato, respecto del coste de la cancelación pues, tal como hemos adelantado, no resulta con claridad ni de la información facilitada -que no alude a ello- ni del propio contrato, habiendo sido redactada la cláusula que alude a él en términos abstractos e inconcretos, sin siquiera establecer un método de cálculo, aunque fuera unilateral, dejándolo absolutamente indefinido y en función de unas imprecisas circunstancias de mercado absolutamente dependientes de la voluntad del banco contratante. Ello supone que aún en el caso de que Don. Carlos hubiera atendido con diligencia el principio de responsabilidad negocial, leyendo el contrato que le fue incluso entregado antes de su firma, habría igualmente que concluir que la demandada no proporcionó una adecuada información con relación al coste de cancelación dados los términos ambiguos e insuficientes a que se ha aludido; en que venía redactada la cláusula atinente a éste y cuyo cabal conocimiento no hubiera podido obtenerse de la lectura; de la cláusula. Como tampoco mediante información siquiera verbal por parte del comercial del banco que intervino. en la negociación y firma de los contratos, por cuanto debido a la ambigüedad y generalidad del texto, éste no podía concretar siquiera mínimamente tal coste de cancelación. En definitiva procede estimar la demanda al deber considerarse nulo el contrato por haberse producido el mismo en contradicción con el art. 79 y 79 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y RD 629/1993. Vulneración de la citada Ley que supuso además que el consentimiento estuviera viciado por error al desconocerse por el actor el alcance del citado compromiso.»

**3.-** El banco demandado apeló.

El recurso de apelación es genérico (no se centra exactamente en la sentencia de primera instancia, porque hace referencia a la claridad del clausulado del contrato y del folleto explicativo, que en la sentencia de primera instancia no se había negado), y no se centra exclusivamente la apelación en el único elemento perjudicial para el banco que era la falta de información sobre la cláusula de cancelación anticipada. También se argumenta, en un apartado, sobre la claridad de la cláusula de cancelación anticipada.

La mercantil demandante se opone al recurso de apelación centrándose solo en la falta de información de la cláusula de cancelación anticipada (es decir, la insuficiencia del contenido del contrato relativo a la cláusula de cancelación anticipada). Acepta lo que ha declarado la sentencia de primera instancia sobre claridad del resto del contenido del contrato.

**4.-** Conoció del recurso de apelación la sección vigésimo quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 16 de junio de 2015 por la que estimó el recurso y, por ende, desestimó la demanda.

En esta sentencia se incide en la especial diligencia exigible al cliente como empresa, que tiene un entramado societario a su disposición y que disponía de una gestora que se hacía cargo de sus cuentas anuales, y se considera que:

- (i) El contrato describe suficientemente la clase de producto.
- (ii) La información dada a través del contrato y del folleto informativo es suficiente.
- (iii) La empresa contaba con los medios para salir del error.
- (iv) Firmó la cláusula predispuesta sobre el riesgo.
- (v) No eran exigibles los test MiFID.
- (vi) La falta de información no conlleva necesariamente el error.
- (vii) El producto se ajustaba a la finalidad perseguida que era mitigar el riesgo de subida
- (viii) El producto era adecuado para mitigar riesgos financieros.

**5.-** En lo relevante para el presente recurso la audiencia afirma lo siguiente:



«Que tanto en las Condiciones Particulares del propio contrato (folio 49), como en la publicidad del producto que le había sido facilitado por la entidad bancaria demandada (folios 50 y 51), se hacía expresa mención a la posibilidad de, cancelación anticipada del producto -ventanas de cancelación-, a los efectos derivados de la misma - ofrecimiento por el Banco de un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en el momento- y a la eventualidad de la existencia de un coste adicional como consecuencia de la misma -la posibilidad de repercusión de los posibles gastos en que el Banco hubiere podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto, al deshacer a precios de mercado la cobertura del producto-. Es decir, que del propio tenor del contrato y de la información facilitada se podía inferir tanto la posibilidad de cancelación anticipada, como sus efectos y la eventualidad de tener que pagar un precio y un eventual coste adicional.

»Lo único que no quedaba explícitamente concretado y determinado era la cuantificación del precio y del eventual coste adicional. Extremo que, es evidente, que no podía precisarse, en absoluto, al tiempo de la conclusión del contrato, al depender de elementos futuros -expresamente mencionados- derivados de factores y magnitudes fluctuantes y dependientes del mercado, desconocidos en aquel tiempo, pues, en evidente, que únicamente se conocerían en el mismo momento de la cancelación.

»En definitiva, la entidad actora pudo perfectamente conocer y ser consciente, al tiempo de la celebración del contrato - con una mera y detenida lectura de su contenido obligacional-, de la posibilidad de cancelación anticipada del producto y de que tal cancelación podía suponer un coste para ella.»

6.- A modo de colofón declara la audiencia que: «En último término, con independencia de la mayor o menor complejidad de los productos contratados y de la mayor o menor exhaustividad de la información facilitada por la entidad bancada, resulta incuestionable que de haber empleado la diligencia exigible a un ordenado comerciante, con un mínimo de experiencia en el mercado financiero, la entidad actora hubiera podido y debido conocer el verdadero y real alcance del contrato que suscribía, y los concretos riesgos asociados a su conclusión. De igual modo, lo es, asimismo, que tal conocimiento pudo haber sido perfectamente obtenido por el propio Administrador Único de la sociedad, como representante orgánico de la misma, de haber empleado, por su parte, la diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal, pues es evidente que pudo y debió haber recabado el previo asesoramiento de su gestora, lo que no hizo, en absoluto -como expresamente admitió el representante legal de la entidad actora-al contestar el oportuno interrogatorio en el acto del juicio (minutos 9:54; 12:15 a 12:30 y 13:00 a 13:10 de la correspondiente grabación de dicho acto procesal)- al afirmar que no leyó el contrato, ni solicitó el asesoramiento de su gestora y que sólo, cuando empezó a recibir liquidaciones negativas, se lo pasó a ésta, que le explicó su contenido y le aconsejó acudir al pertinente asesoramiento legal.»

7.- La representación procesal de Revestimientos Yeconsa, S.L. interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en los términos que luego se articularán.

8.- La sala dictó auto el 10 de enero de 2018 en el que acordó admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, y, previo el oportuno traslado la parte recurrida presentó escrito de oposición a ambos recursos.

La entidad recurrida alegó óbices de admisibilidad respecto de sendos recursos, si bien, al personarse en el rollo de casación, no había alegado causas de inadmisión de los recursos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.**

Se interpone al amparo del art. 469.1.2º de la LEC y se denuncia la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente del arts. 217 de la LEC sobre la carga de la prueba y el art. 218 sobre la motivación y congruencia de la sentencia.º

En su desarrollo argumental se denuncia en primer lugar el error patente o notorio y la interpretación ilógica o irrazonable de la prueba documental practicada en estrecha relación con la infracción del art. 217 de la LEC .

En síntesis, la sentencia impugnada razona que la información proporcionada resulta suficiente en orden a los medios de decisión que incumbían a la actora que, al ser una sociedad limitada pudo actuar con mayor diligencia empresarial o, en su caso, recurrir incluso a personas ajenas, y que no resulta acreditado defecto de información por parte de BANKINTER.

Tal razonamiento, dicho sea con el debido respeto, parte de un error en la interpretación o, mejor dicho, en la omisión, de la normativa aplicable vigente en el momento de perfección del contrato. De tal modo que ya el RD 629/1993, de 3 de Mayo, establecía un deber de identificación correcta del perfil del cliente, en particular su experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta fuera relevante. Y su omisión conduce al Juzgador



a quo a un indebido juicio de valor de la prueba, puesto que, conforme a la reiterada y abundante jurisprudencia, a la que después aludiremos, la acreditación por la entidad bancaria de la previa experiencia inversora del cliente de este tipo de producto, es determinante a la hora de resolver sobre la nulidad del contrato de **swap**.

Por otra parte, la interpretación que la sentencia impugnada realiza del contrato y de los documentos en que se instrumentalizó el mismo, en el sentido de que de su tenor literal resulta claro que la actora asumía un claro riesgo, y la consideración de que, pese a no estar determinadas las prestaciones de las partes, eran determinares en el futuro, y ello permitía un conocimiento suficiente del producto para el actor, hemos de decir que tal juicio de valor es contrario a la propia doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal, que califica este tipo de contrato como *"complejo especulativo, de inversión, con un tremendo riesgo y propio de la ingeniería financiera"*.

Y especialmente trascendente en el caso que nos ocupa es la interpretación que la Sentencia impugnada realiza sobre la posibilidad de cancelación anticipada del producto. concluyendo al respecto: *"En definitiva, la entidad actora pudo perfectamente conocer y ser consciente, al tiempo de celebración del contrato -con una mera y detenida lectura de su contenido obligacional, de la posibilidad de cancelación anticipada del producto y de que tal cancelación podía suponer un coste para ella"*. Y ello, por rebatir, entendemos de forma ilógica, tanto la *"ratio"* de la sentencia de instancia, como los juicios de valor que para el mismo CLIP BANKINTER, y sobre la ausencia de información para el cálculo del coste de cancelación, realizan la mayoría de Audiencias Provinciales.

### **TERCERO.-** *Decisión de la Sala.*

El motivo incurre en la causa de no admisión, por las razones que se van a exponer, que, en esta fase procesal, es causa de desestimación del motivo, sin que obste que en su día haya sido admitido, dado el carácter provisorio del auto de admisión respecto de la sentencia definitiva ( SSTS de 17 de mayo de 2002, rec. nº 3882/1996 ; 1 de febrero de 2007, rec. nº 711/2000 ; 13 de febrero de 2009, rec. nº 2/2001 ).

#### **1.-** La articulación del motivo adolece de defectos formales.

Se denuncia en él infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia y se acumulan en el motivo los relativos al art. 217 LEC sobre la carga de la prueba, así como los del art. 218 LEC sobre la motivación y congruencia, a lo que se suma errores en la valoración de la prueba.

Bastaría con ello para su inadmisión, pues cuando se alega más de una infracción, sobre todo si son de diversa naturaleza, o aún cuando fuesen de la misma, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y no en uno solo con cita de preceptos heterogéneos.

Además se ha de tomar en consideración que si se alega infracción del art. 217 LEC , será imprescindible que la sentencia recurrida haya aplicado, como *ratio decidendi* , las normas de atribución de la carga de la prueba previstas en dicho precepto, a lo que cabe añadir que es incompatible que se alegue error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho.

#### **2.-** Lo fundamental, a efectos de inadmisión del motivo, es su carencia manifiesta de fundamento ( art. 473. 2 LEC ).

Así sucede porque lo que en realidad plantea, es una discrepancia con el enfoque del enjuiciamiento, esto es, un tema de valoración jurídica.

En el recurso nº 2864/2014, sobre el que decidió la sentencia 322/2017, de 23 de mayo , se motivó la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal porque las cuestiones que en él se planteaban (perfil del cliente y suficiencia informativa del contenido de los documentos) tenían un componente jurídico propio del recurso de casación y no tanto del ámbito de fijación de hechos.

Por tanto, la valoración jurídica que se haga de hechos entra en el ámbito propio del recurso de casación.

Afirma la sentencia 742/2015, de 18 de diciembre , que: *«La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 .7º del Código Civil , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba. Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia*



de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia. De tal manera que solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia ( Sentencia de esta Sala núm.244/2013. de 18 de abril , entre otras muchas)».

#### **Recurso de Casación.**

##### **CUARTO.- Motivo Primero.**

Se denuncia por el cauce del art. 477.2.3º la infracción de los arts. 4 y 14 del Real Decreto 629/1993, sobre Normas de Actuación de los Mercados de Valores y Registros Obligatorios , de los arts. 1 , 2 , 4 y 5 del Anexo del mismo R.D 629/1993 ("Código General de Conductas de los Mercados de Valores") y de los Arts. 79 y 80 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores , por oponerse la sentencia impugnada a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y notoriamente a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que recogen la aplicabilidad de dicha normativa y su interpretación.

Funda el motivo en la oposición de la sentencia impugnada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la cuestión jurídica referente a la normativa aplicable, y su correcta interpretación, para la eventual declaración de nulidad, en su caso, de un contrato de **permuta financiera** (CLIP BANKINTER), por falta de la debida información de la entidad bancaria al cliente.

Para poner de manifiesto la oposición de la sentencia recurrida, se citan la sentencia nº 769/2014 del Tribunal Supremo, de fecha 12 de Enero de 2015 y la Sentencia nº 385/2014 del Tribunal Supremo, de fecha 7 de Julio de 2014

Las sentencias que se invocan declaran, en supuestos idénticos, la nulidad por considerar que la información proporcionada es insuficiente e imprecisa, conforme a la normativa que se cita como infringida.

##### **QUINTO.- Motivo Segundo.**

Por el cauce del art. 477.2.3 se denuncia la infracción de los artículos 1.261 , 1.265 , 1.266 y 1.269 del Código Civil , sobre el error y el 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 doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y notoriamente a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que recogen 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

Se citan, para poner de manifiesto la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial, las sentencias de la sala nº 840/2013, de 20 de enero de 2014 y la nº 385/2014, de 7 de julio .

##### **SEXTO.- Admisibilidad del recurso.**

La parte recurrida, al personarse en el rollo de casación, no alegó causas de inadmisión del recurso, y la exigencia de decisión expresa en la sentencia sobre las causas de inadmisibilidad del recurso alegadas por el recurrido en su escrito de oposición al recurso, con base a lo previsto en el párrafo segundo del art. 485 LEC , debe entenderse circunscrita a lo que esta sala considera causas de inadmisión absolutas, sin que sean de tal naturaleza las aquí alegadas.

No obstante, lo decisivo para su admisibilidad, en íntima conexión con lo resuelto en el recurso extraordinario por infracción procesal , es que, y de ahí la cita de sentencias de esta sala por la recurrente, la valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del representante de la actora para entenderla, basada en los hechos fijados en la sentencia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación ( sentencia 11/2017, de 13 de enero ).

##### **SÉPTIMO.- Decisión de la Sala.**

En atención a la estrecha relación que tienen entre sí ambos motivos, vamos a ofrecer una respuesta conjunta, como autoriza una doctrina consolidada de la sala, si bien, y para la mejor inteligencia de la resolución, conviene hacer unas precisiones:



(i) Solo cabe decidir sobre la nulidad del contrato por déficit informativo sobre la cláusula de cancelación anticipada, que fue por lo que lo declaró nulo la sentencia de primera instancia, que desestimó la nulidad por el resto de los déficit informativos denunciados.

Tal resolución devino firme para la actora, que no la recurrió en apelación ni la impugnó tras recurrir la entidad demandada.

La confusión la ha propiciado esta entidad porque planteó un recurso de apelación genérico y no circunscrito a lo exactamente resuelto por la sentencia de primera instancia, sin centrarse, pues, en el único elemento que le era perjudicial, a saber, la falta de información sobre la cláusula de cancelación anticipada.

A consecuencia de lo anterior la sentencia recurrida también ha sido genérica, y no circunscrita al único déficit informativo que motivó que la de primera instancia declarase la nulidad del contrato.

De ahí, que corresponda a la sala llevar a cabo tal clarificación, en evitación de prolijas consideraciones sobre cuestiones que han quedado fuera de debate por haberlas consentido la actora.

(ii) Las condiciones particulares del contrato prevén: «Cuando un contrato de las características del **Swap**, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el **Swap** de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del **Swap**, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

»Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume.»

#### **OCTAVO.-**

1. A juicio de la sentencia recurrida del propio tenor del contrato y de la información facilitada se podía inferir tanto la posibilidad de cancelación anticipada, como sus efectos y la eventualidad de tener que pagar un precio y coste adicional, lo que desechaba la existencia de un error como vicio en el consentimiento.

Lo único que no se encontraba explícitamente determinado era la cuantificación del precio y eventual coste adicional, pero, según la sentencia recurrida, ello no puede ser determinante pues dependía de factores y magnitudes fluctuantes derivadas del mercado, que no podían conocerse en aquel tiempo.

2.- Pues bien, tal razonamiento se aparta de la doctrina de la sala recogida en la sentencia de pleno 491/2015, de 15 de septiembre, que afirma que: «Cuando un contrato de las características del **Swap**, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el **Swap** de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del **Swap**, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

»Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume»

En el presente supuesto a la sentencia recurrida le basta con el clausulado del contrato, que como recoge la sentencia de primera instancia, es abstracto e inconcreto, sin ni siquiera establecer un método de cálculo.





De ahí, que deba casarse y estarse a los argumentos de la de primera instancia, que se confirma.

**3.-** La sala viene afirmando (sentencia 195/2016, de 29 de marzo , con cita de las anteriores sentencias 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero ) que «no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de **swap**, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada ( sentencias 689/2015, de 16 de diciembre , y 31/2016, de 4 de febrero ).

No se advierte ( sentencia 132/2017, de 27 de febrero ), «en cuanto al riesgo de que el coste de cancelación pudiera ser muy elevado»

**4.-** En múltiples sentencias de esta sala, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, se viene manteniendo que en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y de los concretos riesgos que les puede comportar su contratación.

Consecuencia de ello es que sea relevante el perfil del cliente, habiéndose afirmado en numerosas sentencias 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. El simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión ( SSTS 11/2017, de 13 de enero ; 6 de abril de 2017 ).

De ahí que inferir de ese dato, como hace la sentencia recurrida, que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo, calificación que no se discute, contradice la jurisprudencia de la sala.

En esta línea la sentencia 579/2016, de 30 de septiembre , afirma que el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el **swap** no es la de simple empresario (en este caso de los sectores a que se hace mención en el resumen de antecedentes) sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Es por ello que se ha excluido el carácter excusable del error aún interviniendo un asesor fiscal ( sentencia 496/2016, de 15 de julio , 579/2016 y 11/2017, de 13 de enero).

De ahí, que no quepa dar tanta trascendencia al hecho de que el administrador consultara con la gestora, pues no consta que fuese experta en inversiones, hasta el punto de que le remitió a recibir asesoramiento legal.

**NOVENO.-** De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente y se le imponen las del recurso extraordinario por infracción procesal.

Se condena a la parte demandada a las costas del recurso 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-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Revestimientos Yeconsa, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 16 de junio de 2015 , rectificada por auto de 23 de junio de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, en el rollo de apelación n.º 25/2015 , dimanante del juicio ordinario n.º 1373/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid.

**2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto

**3.º-** Casar la sentencia recurrida, y con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter, confirmar la sentencia de primera instancia, cuya firmeza se declara.

**4.º-** Imponer a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponerle las costas del recurso de casación.



5.º- Condenar a la parte demandada a las costas del recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ