



Roj: **STS 3527/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3527**

Id Cendoj: **28079110012019100564**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **2434/2017**

Nº de Resolución: **602/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 602/2019

Fecha de sentencia: 12/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2434/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/11/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2434/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 602/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2017, dictada en recurso de apelación 615/2014, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dimanante de autos de juicio ordinario 2179/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Málaga; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad mercantil Colufer S.L., de conformidad con Iniciativas Concursales S.L.P. designada como administradora concursal de la mercantil, representada en las instancias por la procuradora Dña. María Tinoco García, bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Macías Martín, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Carlos Piñeira de Campos en calidad de recurrente y no compareciendo parte alguna en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Colufer S.L., representada por la procuradora Dña. María Encarnación Tinoco García y dirigida por el letrado D. Juan Carlos Macías Martín, 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:

"Que por presentado este escrito se sirva admitirlo y a su vista estimar la demanda y declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de gestión de riesgos financieros suscrito el 8 de agosto de 2007 por un nominal contratado de 2.117.000,00.-€ y condenar a Bankinter S.A. a estar y pasar por esta declaración y restituir a Colufer S.L. la cantidad de 172.663,24.-€ con sus intereses tal como dispone el art. 1303 del Código Civil, intereses legales y costas".

2.- La entidad demandada Bankinter S.A. se personó, representado por el procurador D. Pedro Ballenilla Ros y bajo la dirección letrada de D. Agustín Palacios Muñoz, y contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en 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 15 de Málaga se dictó sentencia, con fecha 14 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Desestimando la demanda interpuesta por la procuradora Dña. María Encarnación Tinoco García, en nombre y representación de Colufer S.L., frente a Bankinter S.A., sobre acción de nulidad contractual, debo dictar sentencia con los pronunciamientos siguientes:

"1.º) Liberar a Bankinter S.A. de los pedimentos formulados en su contra.

"2.º) Imponer a la demandante las costas procesales devengadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, con fecha 8 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se desestima el recurso de apelación formulado por la Procuradora Dña. María Encarnación Tinoco García en nombre y representación de la entidad Colufer, S.L., contra la sentencia dictada en fecha 14 de enero de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de los de Málaga, en los autos civiles de juicio ordinario núm. 2179/12, y en su consecuencia se confirma íntegramente la sentencia, imponiendo expresamente a la recurrente las costas de esta alzada".

TERCERO.- 1.- Por la entidad mercantil Colufer S.L. y de conformidad con Iniciativas Concursales S.L.P. designada administradora concursal, se interpuso recurso de casación basado en tres motivos de los que únicamente se han admitido:

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º, por infracción del art. 16 del decreto 629/1993 y art. 79 Ley de Mercado de Valores y por presentar interés casacional existiendo doctrina del Tribunal Supremo contradictoria con la sentencia recurrida.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º por presentar interés casacional, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, existiendo pacífica doctrina del Tribunal Supremo contradictoria de la sentencia recurrida.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de junio de 2019, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto en sus motivos primero y segundo y no admitir el motivo



tercero de casación quedando los autos pendientes de deliberación y fallo al no constar parte recurrida personada.

2.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de noviembre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- La demanda.

Se interpone por una sociedad limitada, en concurso, con autorización de la administración concursal, frente al banco (Bankinter S.A.).

Sobre nulidad por error vicio de un contrato de swap suscrito el 8 de agosto de 2007.

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

3.- En la sentencia de segunda instancia se desestimó el recurso de apelación de la mercantil demandante (que interpuso con autorización de la administración concursal) y se confirmó la desestimación de la demanda.

En esta sentencia, se tiene en cuenta especialmente el contenido del contrato y el perfil de empresario del cliente.

4.- Recurso de casación.

Se interponen por la sociedad limitada demandante.

Los motivos primero y segundo -únicos admitidos- se desarrollan de forma conjunta dada su conexión, y citan doctrina de la Sala para plantear, en lo esencial, que la sentencia recurrida solo ha exigido al banco una información genérica y no el esfuerzo adicional de comprensión del cliente que exige la doctrina de la Sala y que el carácter de sociedad mercantil no permite presuponer el conocimiento del producto.

SEGUNDO.- Motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º, por infracción del art. 16 del decreto 629/1993 y art. 79 Ley de Mercado de Valores y por presentar interés casacional existiendo doctrina del Tribunal Supremo contradictoria con la sentencia recurrida.

"Breve extracto de su contenido. El recurso de casación se encuentra limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación, alcance y significado de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa. Asimismo resulta necesario razonar como, cuando y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas".

2.- Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º por presentar interés casacional, por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, existiendo pacífica doctrina del Tribunal Supremo contradictoria de la sentencia recurrida.

"Breve extracto de su contenido. El desconocimiento por Colufer S.L. de los contenidos y riesgos íntegros de los contratos de swap suscritos, como consecuencia de la infracción por Bankinter de los deberes de información que le imponían los preceptos invocados en el anterior motivo de recurso, supone la concurrencia de los requisitos exigidos para apreciar error excusable e invalidante en el consentimiento de Colufer S.L., que debe determinar la declaración de nulidad del contrato".

Se estiman los motivos que se analizan conjuntamente.

TERCERO.- 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".

CUARTO.- *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. La Audiencia se centra en el carácter de empresario de la sociedad demandante y en la obligación de ser más diligente.

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

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

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

5.- En el presente caso consta que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, dictaminó que no constaba que el banco se hubiese asegurado información sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto a su perfil inversor o experiencia.

6.- La información fue tan deficiente que el empleado del banco que gestionó la concertación del contrato "ofreció el producto como una cobertura para escenarios que previeran la subida de los tipos de interés" (fundamento de derecho cuarto de la sentencia del juzgado).

7.- Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia, que se revoca, a fin de estimar la demanda.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación no procede imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir.

No procede imposición de las costas de la apelación.

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

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 Colufer S.L., de conformidad con Iniciativas Concursales S.L.P. designada como administradora concursal de la mercantil, contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2017 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga (apelación 615/2014).

2.º- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de estimar la demanda interpuesta, declarando la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de gestión de riesgos financieros suscrito el 8 de agosto de 2007 por un nominal contratado de 2.117.000,00.-€ y condenar a Bankinter S.A. a estar y pasar por esta declaración.

3.º- Se declara la obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido, condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir al actor el importe de las liquidaciones que haya percibido en virtud del contrato suscrito más los intereses legales desde su percepción, debiendo igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de los actores, en relación con este contrato, sin perjuicio de la obligación de la demandante de devolver igualmente las prestaciones recibidas, con los intereses legales correspondientes desde su percepción, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

4.º- No procede imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

No procede imposición de las costas de la apelación.

Se imponen a la demandada las costas de la primera instancia.

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.