

Roj: STS 326/2016 - ECLI:ES:TS:2016:326
Id Cendoj: 28079110012016100020
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3024/2012
Nº de Resolución: 26/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por "Ecobidon, S.L. (antes Bidones Gallego, S.L.)", representado ante esta Sala por el procurador D.º Eduardo Moya Gómez y asistido por el letrado D.º Manuel Muñoz Bernuy, contra la sentencia núm. 432/2012 dictada el veinticuatro de septiembre de dos mil doce, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 441/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 352/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida "Bankinter, S.A.", representado ante esta Sala por la procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses y asistido por el letrado D.º Borja Fernández de Trocóniz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- La procuradora Dª Fabiola Jezabel Simón Bullido, en nombre y representación de "Bidones Gallegos, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Bankinter, S.A.", en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] en virtud de la cual se declare que el documento presentado por esta parte al no haberse firmado por ambas, y al existir una falta absoluta de consentimiento debe considerarse inexistente o subsidiariamente nulo de pleno derecho con las consecuencias de que para dicha nulidad acarrea el Código Civil».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 3 de marzo de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid y fue registrada con el núm. 352/2011. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora D.ª María del Rocío Sampere Meneses, en representación de "Bankinter, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente todas las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid, dictó sentencia núm. 218/2011 de fecha diecinueve de septiembre de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando la demanda promovida por Bidones Gallegos, S.L., representada por el procurador Dª Fabiola Jezabel Simón Bulido y asistido por el letrado D. Manuel Muñoz Bernuy contra Bankinter S.A., representados por el procurador Dª María del Rocío Sampere Meneses y asistido por el letrado D. José Miguel Fatas Monforte sobre reclamación de cantidad debo declarar y declaro la nulidad del contrato clip suscrito con los efectos que ello conlleva e imponiendo las costas a la parte demandada».

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Bankinter, S.A." La representación de "Bidones Gallego, S.L.", se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 441/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 432/2012 en fecha veinticuatro de septiembre de dos mil doce , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Bankinter, S.A., contra la sentencia dictada con fecha 19 de septiembre de 2011 en los actos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid bajo el núm. 352/2011, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y desestimar y desestimamos la demanda contra la ahora apelante interpuesta por la representación procesal de la entidad Bidones Gallego, S.L., absolviendo a la demandada, ahora apelante, de las pretensiones contra la misma formuladas, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte en ella demandante y sin hacer expresa imposición de las de esta alzada».

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora D.^a Fabiola Jezzabel Simón Bullido, en representación de "Ecobidon, S.L. (antes Bidones Gallego, S.L.), interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Se alega como motivo de la interposición del recurso extraordinario, la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto la sentencia de la Audiencia recurrida valora la prueba de una forma, a nuestro modo de ver, no racional».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , del artículo 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre), del Anexo I del Real Decreto 629/1993, así como de la jurisprudencia que los interpreta, que eran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate».

SÉPTIMO.- 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 veinticuatro de junio de dos mil quince, cuya parte dispositiva es como sigue: «1. Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Ecobidon, S.L., contra la sentencia dictada, el 24 de septiembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 441/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 352/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid.

» 2. Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaria de la Sala».

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

NOVENO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de Enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- La entidad "Ecobidon, S.L." (en lo sucesivo, Ecobidon) presentó demanda contra "Bankinter, S.A." (en lo sucesivo, Bankinter) en la que pedía que se declarara la inexistencia, por falta de consentimiento, o, subsidiariamente, la nulidad por error en el consentimiento, del contrato de gestión de riesgos financieros, un contrato de swap de tipos de interés ("Clip Bankinter Extra 08 3") de 27 de junio de 2008, con un notional de dos millones de euros, cuya concertación le fue impuesta para la concesión de un préstamo de 800.000 euros.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de nulidad por error vicio del consentimiento. Consideró que en la información facilitada antes de la suscripción del contrato no se advertía de que en determinadas circunstancias, por la evolución de los tipos de interés, las liquidaciones mensuales podían resultar negativas en cuantías relevantes y que el coste de cancelación podía ser muy importante.

Tampoco en el contrato se informaba sobre sus riesgos. Solo se indicaba la existencia de cierto grado de riesgo, pues en caso de que la evolución de los tipos de interés fuera contraria a la esperada, se podía reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente, pero no se advertía de que podían producirse liquidaciones muy negativas para el cliente. Este, durante tres meses, tuvo liquidaciones positivas por un total de 2.540,21 euros, para posteriormente sufrir cargos por importe de 165.188,57 euros.

Resaltaba también el Juzgado que el contrato reservaba a Bankinter un derecho a revocar el producto sin coste alguno cuando, a su juicio, concurrieran circunstancias sobrevenidas en el mercado que alteraran la situación existente, mientras que la cancelación anticipada a instancias del cliente le suponía un elevadísimo coste.

Por todo ello, consideró que se ofertó un producto para mitigar riesgos que era en realidad un producto de elevado riesgo, con un claro desequilibrio a favor de Bankinter por la existencia de diferentes límites según variasen los tipos de interés al alza o a la baja, en claro perjuicio del cliente, quedando indeterminadas las consecuencias de una cancelación anticipada a instancias del cliente, que podían ser muy negativas, mientras que el Banco podía desvincularse del contrato sin coste alguno. Las omisiones en la información y la información equívoca sobre algunos aspectos, hubieron de producir en el cliente el conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo que asumía, que afectó a la esencia del contrato y fue excusable, a la vista de la complejidad del producto, de que la demandante no era experta financiera y de los deberes de información que incumbían a Bankinter.

Finalizaba afirmando el Juzgado que el hecho de que la demandante reaccionara tras varias liquidaciones, las primeras positivas y las siguientes negativas, no suponía la convalidación del contrato, pues reaccionó cuando supo el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de tales productos, que desconocía por no haber sido informada al respecto con una mínima precisión.

3.- Bankinter recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial estimó el recurso. Tras resumir las posiciones de las partes y hacer unas consideraciones generales sobre la nulidad de los contratos, pasó a analizar los pormenores del caso objeto del litigio, y, en concreto, que en el contrato se expresaba que el cliente declaraba conocer las características del producto, entender el riesgo que asumía, y tener experiencia en la contratación de productos de la misma naturaleza; que de la lectura del contrato se extraía «su ámbito y contenido»; que quien lo firmó por la demandante tenía estudios de comercio y había estado trabajando en diferentes empresas y diferentes áreas, con experiencia en la vida societaria; que su hijo, que trabajaba en la empresa y había participado en la obtención del préstamo en relación al cual se concertó el swap, era economista, que ambos manifestaron en su interrogatorio que «si no aceptaban ese contrato [Bankinter] no les concedía el préstamo, lo que supone otra que condición en la negociación, que la demandante aceptó», que el representante legal de la demandante manifestó que había negociado con Caja Madrid y ésta sí le explico las características del producto; por todo lo cual consideró que Bankinter había dado cumplimiento a las obligaciones que le imponía la Ley del Mercado de Valores, por lo que no podía estimarse la existencia de error vicio del consentimiento en la demandante al momento de la contratación y menos que éste fuera inexcusable.

Por tal razón, estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó la demanda.

4.- Ecobidon, disconforme con esta sentencia, ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ambos basados en un único motivo.

5.- Las alegaciones de Bankinter sobre la inadmisibilidad del recurso no pueden estimarse, puesto que puede considerarse suficientemente individualizado el problema jurídico sometido a la consideración de esta Sala, así como la existencia de interés casacional por ser notoria la existencia de resoluciones contradictorias de las diferentes Audiencias, y la oposición de la sentencia recurrida a la línea jurisprudencial sentada por esta Sala en materia de error vicio en los contratos de swap. Y en cuanto a los defectos de técnica casacional, no es correcta la alegación de "heterogeneidad" de los preceptos cuya infracción se invoca, dada la clara conexión de los preceptos que regulan la información que deben suministrar las entidades que comercializan swaps y los preceptos que regulan la nulidad del contrato por error vicio, como se verá al resolver el recurso. El resto

de defectos de técnica casacional que se alegan no tienen la entidad suficiente para impedir la admisión a trámite de los recursos y el examen de las cuestiones planteadas en los mismos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Formulación del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal .

1.- El epígrafe que encabeza el motivo es el siguiente: «Se alega como motivo de la interposición del recurso extraordinario, la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por cuanto la sentencia de la Audiencia recurrida valora la prueba de una forma, a nuestro modo de ver, no racional».

2.- En el desarrollo del motivo se alega que no se ha realizado una valoración de la prueba practicada, que exclusivamente se toman en cuenta algunas pruebas, que se infringen las exigencias de exhaustividad y congruencia, que no se fundamenta la conclusión de cumplimiento de que Bankinter cumplió las exigencias de la Ley del Mercado de Valores.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Inconsistencia del motivo.

1.- El motivo no puede estimarse, porque es inconsistente e incurre en numerosos defectos de formulación.

A través de un cauce inadecuado (el del apartado 2 del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se impugna la valoración de la prueba. Se alega que tal valoración no existe, para luego cuestionar que solo se hayan tomado en consideración algunas de las pruebas practicadas, lo que supone una contradicción.

Estas alegaciones se mezclan con otras relativas a la infracción de la carga de la prueba y con la falta de motivación sobre el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Ley del Mercado de Valores, que nada tienen que ver con la valoración de la prueba, y que además no son correctas pues la sentencia de la Audiencia Provincial va exponiendo en el fundamento quinto de la sentencia los hitos en que basa su conclusión (que han sido extractados en el primer fundamento), y no hace uso de las reglas de la carga de la prueba.

2.- El recurso extraordinario por infracción procesal no es una tercera instancia que permita a la parte vencida realizar una impugnación de todos los argumentos utilizados por la Audiencia, sin individualizarlos adecuadamente y formularlos con la debida separación. En este caso, se han mezclado cuestiones heterogéneas, y algunas, incompatibles entre sí.

Recurso de casación.

CUARTO.- Formulación del motivo del recurso de casación.

1.- El motivo del recurso de casación se encabeza así: «A tenor de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , del artículo 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (modificada por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre), del Anexo I del Real Decreto 629/1993, así como de la jurisprudencia que los interpreta, que eran aplicables para resolver la cuestión objeto de debate ».

2.- El motivo se razona argumentando que las conclusiones en las que se apoya la Audiencia Provincial para estimar el recurso de apelación y considerar que no existió error excusable (que el banco cumplió las obligaciones previstas en la Ley del Mercado de Valores, que los contratos contenían una cláusula en la que el cliente reconoce haber entendido el funcionamiento del producto, que de la lectura del contrato se extrae su ámbito y contenido, y que el administrador de Ecobidon tenía experiencia y formación societaria suficiente) suponen un error en la interpretación de la normativa aplicable a la comercialización de los derivados financieros (arts. 79 y 79.bis de la Ley del Mercado de Valores), cuyo contenido no es siquiera analizado por la Audiencia. Se alega también que la Audiencia Provincial no toma en consideración la diferenciación entre cliente minorista y cliente profesional que contiene dicha normativa, sin que el hecho de que el administrador tuviera estudios de comercio y experiencia en empresas constituyera a Ecobidon en una empresa profesional. Asimismo, considera la recurrente que la valoración de que el contrato era comprensible por sí solo es incorrecta, puesto que no se cumplieron los deberes de transparencia e información exigidos por la normativa del mercado de valores, lo cual determinó que Ecobidon incurriera en un error esencial y excusable, y, por tanto, invalidante del consentimiento al amparo de lo dispuesto en los arts. 1265 y 1266 del Código Civil .

QUINTO.- Decisión de la Sala. El error vicio en los contratos de swap provocado por el incumplimiento de los deberes de información del banco.

1.- Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, 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, y 742/2015, de 18 de diciembre, entre otras.

Concretamente, en relación con contratos de permuta financiera con la denominación "Clip Bankinter", muy similares al que es objeto de este procedimiento, se ha pronunciado esta Sala en las sentencias 547/2015, de 20 de octubre, 559/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 562/2015, de 27 de octubre, y 742/2015, de 18 de diciembre.

Tales resoluciones conforman ya una jurisprudencia reiterada y constante, a cuyo contenido nos atenderemos.

2.- Cuando se suscribió el contrato de swap objeto de este recurso, ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008.

En todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la suscripción del contrato fue ofrecida por Bankinter al cliente), el deber que pesaba sobre la entidad comprendía tanto cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, como asimismo haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y les dio un tratamiento más sistemático, aunque no supuso una regulación realmente novedosa.

3.- Cuando se concertó el contrato cuya nulidad se solicita, las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, concreta que «en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento » .

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

Establece el apartado 7 del art. 79 bis LMV que la entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Conforme al art. 79 bis. 6 LMV, el test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008 que las entidades financieras «deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...)

4.- Como consecuencia del deber de información imparcial, clara y no engañosa que la normativa sectorial impone a las empresas que prestan servicios de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este, y debe hacerlo con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor.

La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Asimismo, la entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este

tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio. Debe prestar también una información clara y comprensible sobre las consecuencias prácticas del tratamiento desequilibrado que en el contrato se da al ejercicio de la facultad de cancelación anticipada, dependiendo de que la misma se ejercite por el cliente o por el banco.

La Audiencia Provincial no ha considerado relevante la ausencia de información sobre estos extremos, pese a que el Juzgado de Primera Instancia sí lo consideró relevante.

Directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos declarado en otras ocasiones, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente. Tampoco esta información fue suministrada.

5.- Tampoco es correcta la trascendencia que la sentencia de la Audiencia Provincial otorga a la existencia de menciones predisuestas en el contrato conforme a las cuales el cliente declaraba conocer las características del producto, entender el riesgo que asumía, y tener experiencia en la contratación de productos de la misma naturaleza. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencias 244/2013, de 18 abril , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , 265/2015, de 22 de abril , 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras) la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener experiencia y entender el riesgo. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo, como es el caso del swap.

6.- El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional.

Tal información no se suministra con un simple aviso en el contrato presentado a firma en el que se advierte de que en caso de que la evolución de los tipos de interés fuera contraria a la esperada, se podía reducir o incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente.

Tal aviso no solo no se ha facilitado con la antelación suficiente, pues se contiene en el propio documento contractual, sino que además no contiene una información mínimamente clara y precisa sobre la verdadera naturaleza de los riesgos asumidos por el cliente y la gravedad que puede llegar a alcanzar el riesgo de pérdidas económicas que para el cliente se deriva del contrato ofrecido por la entidad financiera. En este caso, un contrato concertado en relación a un préstamo de 800.000 euros, y en el que se fijó un nocional de dos millones de euros, tras unos primeros tres meses con liquidaciones positivas por un total de 2.540,21 euros, tuvo con posterioridad liquidaciones negativas de 165.188,57 euros.

7.- Como hemos dicho en anteriores resoluciones, el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.

El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil y que su administrador tuviera estudios de comercio, y su hijo de economía, no supone necesariamente ese carácter experto, como parece entender la Audiencia, 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 del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , y 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene

estudios de comercio o de economía, 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.

Por otra parte, la mención que se hace a la información recibida de Caja Madrid es insuficiente, puesto que ni se concreta qué información se suministró por dicha entidad a la demandante ni si lo fue en un momento anterior a la concertación del contrato con Bankinter.

8.- Tampoco puede aceptarse la tesis de la sentencia recurrida que la simple lectura de las cláusulas del contrato de swap fuera suficiente para que la demandante tuviera información adecuada sobre el producto cuya contratación se le ofrecía, puesto que se trata de contratos muy complejos, de difícil comprensión por quienes no sean profesionales del mercado de este tipo de productos derivados, y, como ya se ha explicado, el aviso de riesgos no advertía adecuadamente sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato, es más, era equívoca puesto que podía interpretarse como que el mayor riesgo que corría el cliente era no obtener beneficio alguno.

9.- Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no 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 demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede 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.

10.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de inversión citados en el recurso, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Bankinter a Ecobidon, y que este cliente resultó adecuadamente informado a la vista de su perfil de conocimientos y experiencia, así como el art. 1266 del Código Civil, cuando consideró que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

Las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Bankinter había cumplido sus obligaciones no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica, que se revela incorrecta por cuanto del relato de la demanda resulta suficientemente claro que Bankinter no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarse sobre el perfil y las necesidades del cliente, ofertarle el producto acorde con su perfil y sus necesidades, y suministrarle con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

SEXO .- Costas y depósitos.

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, se condene a la recurrente al pago de las costas del primero y no se haga especial declaración de las costas del segundo.

Dado que la estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación, procede condenar a Bankinter al pago de las costas de tal recurso.

Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por "Ecobidon, S.L." contra la sentencia núm. 432/2012 dictada el veinticuatro de septiembre de dos mil doce, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 441/2012.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar dictamos otra por la que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Bankinter, S.A." contra la núm. 218/2011 de fecha diecinueve de septiembre de dos mil once dictada en el juicio ordinario núm. 352/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid. Condenamos a "Bankinter, S.A." al pago de las costas del recurso de apelación.

3.- Condenamos a "Ecobidon, S.L." al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No procede imposición de costas del recurso de casación. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.