

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066970

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1547/2023, de 8 de noviembre de 2023

Sala de lo Civil

Rec. n.º 246/2020

**SUMARIO:****Estimación de recurso. Permuta financiera (“swap”) siendo aplicable la normativa MiFID. Requisitos necesarios para el asesoramiento financiero.**

Para saber si un servicio de inversión presupone un **asesoramiento en materia de inversión**, a los efectos de exigir, además del test de conveniencia, el de idoneidad, se advierte que hay que atender a la naturaleza del producto como a la forma de ofrecimiento al cliente. Hay asesoramiento en materia de inversión cuando se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

En el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir responsabilidad civil por el cumplimiento negligente o el incumplimiento de las obligaciones surgidas en la relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Esta cuestión se aplica también al “swap” pese a que no existe estrictamente una inversión.

Se impone a la empresa de servicios de inversión la obligación de informar a los clientes, con la suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. Deben conocerse los riesgos, debiendo proporcionarse una información correcta, no solo porque se derive de la exigencia de buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera esos extremos esenciales y necesarios.

**PRECEPTOS:**

Directiva 2006/73/CE (aplica la Directiva 2004/39 a requisitos organizativos y condiciones de funcionamiento de empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva), art. 52.

Directiva 2004/39, art. 4.4.

Código Civil, arts. 1.101, 1.103, 1.106, 1.107, 1.255, 1.256 y 1.258.

Ley de Mercado de Valores 24/1988, arts. 63.1.g) y 79.bis.

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), art. 5.5.

Ley 47/2007, art. 63.1.

RD 217/2008, arts. 64.7 y 73.

RD 218/2017, arts. 64, 72 y 73.

**PONENTE:**

*Don Ignacio Sancho Gargallo.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.547/2023

Fecha de sentencia: 08/11/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 246/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 246/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1547/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 8 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo. Es parte recurrente la entidad Serrerías Carrera Ramírez S.L., representada por la procuradora María Miranda Valencia y bajo la dirección letrada de Ernesto de Gregorio Quesada. Es parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de Alipio Conde Herrero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.**

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Miranda Valencia, en nombre y representación de la entidad Serrerías Carrera Ramírez S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo, contra la entidad Bankinter, para que se dictase sentencia por la que:

"1) con carácter principal, declarando la existencia de un contrato o relación jurídica de asesoramiento entre demandante y demandada condenando a la demandada a estar y pasar por esa declaración.

"2) con carácter principal, declarando el incumplimiento de contrato de asesoramiento, al recomendar el CLIP BANKINTER EXTRA 08.2) y firmar los dos documentos de suscripción (condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros y condiciones particulares del CLIP BANKINTER EXTRA 08.2) el 16/6/2008, entre mi mandante y BANKINTER por incumplimiento de deberes contractuales en su labor de asesoramiento, legalmente previstos relativos, entre otros, a obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados, de diligencia, suficiencia y lealtad en la información y de buena fe en la contratación (incluida la evitación conflicto de intereses), y como consecuencia del incumplimiento, y como daños y perjuicios derivados del mismo, condene a la demandada a la devolución de todos los importes recibidos de mi mandante con causa en dicho contrato, según el siguiente detalle a) liquidaciones totales satisfechas (descontando las liquidaciones a favor), b) coste de cancelación, c) intereses remuneratorios soportados para hacer frente a la financiación de dicho coste de cancelación), y todo ello con los intereses legales compensatorios a contar desde la fecha de los respectivos pagos de los conceptos a y b y hasta su definitivo pago a la actora, conforme a las bases fijadas en esta demanda e informe pericial.

"3) con carácter subsidiario a 2, se condene, con carácter subsidiario a 2, al importe a la demandada a indemnizar en los daños y perjuicios causados a mi mandante en el importe que S.Sª estime pertinente, a la vista del resultado de la prueba, y todo ello con los intereses respectivos que puedan proceder entre ambas partes.

"4) con carácter alternativo a 2 y 3, se declare nula las cláusulas 5 y 6 (cancelación anticipada a favor del Banco y del cliente respectivamente) contenidas en el documento contractual " Condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros", la propia cancelación derivada de dicha cláusula, condenando a BANKINTER a restituir la cantidad total satisfecha por dicha cancelación final con sus intereses desde la fecha del pago de la misma.

"5) Todo ello con la condena en costas".

2. La procuradora Gisela Álvarez Vázquez, en representación de la entidad Bankinter S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimando en su integridad la Demanda interpuesta por SERRERÍAS CARRERA RAMIREZ, S.L., con expresa imposición de costas a la Demandante".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo dictó sentencia con fecha 18 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Miranda Valencia, actuando en nombre y representación de la mercantil Serrerías Carrera Ramírez SL, contra Bankinter SA, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula 6ª (Cancelación anticipada) de las condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros de fecha 16 de junio de 2008, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a restituir a la actora, la cantidad total satisfecha por dicha cancelación final , con sus intereses desde la fecha del pago de la misma, todo ello sin hacer pronunciamiento en materia de costas".

## **Segundo.**

Tramitación en segunda instancia

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankinter S.A.. La representación procesal de la entidad Serrerías Carrera Ramírez S.L., presentó escrito de impugnación.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra mediante sentencia de 18 de noviembre 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Dña. Gisela Álvarez Vázquez, en nombre y representación de la entidad "Bankinter S. A." y desestimando el promovido, por vía de impugnación, por el Procurador Dña. María Miranda Valencia, en nombre y representación de la mercantil "Serrerías Carrera Ramírez S. L.", contra la sentencia de fecha dieciocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo, revocamos la misma.

"Desestimamos la demanda promovida por el Procurador Dña. María Miranda Valencia, en nombre y representación de la mercantil "Serrerías Carrera Ramírez S. L.", absolviendo a la entidad demandada "Bankinter S. A." de las pretensiones de la misma, con imposición a la parte actora de las costas procesales de la instancia.

"No se hace especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso interpuesto por la entidad "Bankinter S. A." y se imponen a la mercantil "Serrerías Carrera Ramírez S. L." las correspondientes a su recurso.

"Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir por la entidad "Bankinter S. A."".

## **Tercero.**

Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La procuradora María Miranda Valencia, en representación de la entidad Serrerías Carrera Ramírez S.L., interpuso recurso de casación ante la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por oposición a doctrina del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo -en las sentencias número 840/2013 (de 20/01/2014), 491/2017 (de 13/09/2017) y de la Sala, en las sentencias números 102/2016 (de 25/2/2016), 666/2016 (de 14/11/2016), 470/2019 (de 17/09/2019), 693/2015 (de 4/12/2015) y 699/2016 (de 24/11/2016)- con infracción del artículo 4.4 de la Directiva 2004/39 CE, artículo 52 de la Directiva 73/2006, y artículos 63.1g y 79 bis de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 (vigente a la fecha de la comercialización) tras redacción dada por la Ley 47/2007), los artículos 64, 72 y 73 del Real Decreto 217/2018 dictado en desarrollo de la anterior, los artículos 1258 y 1255 del Código Civil y en consecuencia los artículos 1.101, 1103, 11016 y 1107 del Código Civil, sobre la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones en el asesoramiento.

"2º) Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por oposición a doctrina del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias 491/2015 y 634/2015, 688/2015 y 267/2017 por infracción de los artículos 1.256, 1258, 1288 del Código Civil, artículos y de la Directiva 93/13 y de los artículos 5, 7 y 8 de la ley 6/1998".

2. Por diligencia de ordenación de 13 de enero de 2020, la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Serrerías Carrera Ramírez S.L., representada por la procuradora María Miranda Valencia; y como parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

4. Esta sala dictó auto de fecha 15 de junio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Serrerías Carrera Ramírez S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 18 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 348/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 228/2018, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Vigo".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de octubre de 2023, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 19 de mayo de 2008, la sociedad Serrerías Carrera Ramírez, S.L. comenzó sus relaciones comerciales con Bankinter, mediante la apertura de una cuenta de crédito.

Un poco más tarde, el 16 de junio de 2008, Serrerías Carrera Ramírez, S.L. concertó con Bankinter un contrato de gestión de riesgos financieros, con unas condiciones generales, y el denominado CLIP Bankinter extra 08.2, con unas condiciones particulares. A través de estos contratos, Serrerías Carrera Ramírez, S.L. adquirió un producto financiero complejo, una permuta de tipos de interés, sobre un nominal de 1.400.000 euros, con idea de mitigar el coste de su endeudamiento en caso de subidas de tipos de interés.

La cláusula 6ª del contratos de gestión de riesgos financieros disponía lo siguiente:

"Una vez firmadas las Condiciones Particulares y transcurrido el periodo de comercialización, de tal modo que el producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del producto, denominadas 'ventanas de cancelación'. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente. No obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podría verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que este podrá repercutirle.

"El Banco podrá resolver este contrato por alguno de los siguientes motivos:

- La falta de pago por el cliente de cualquier cantidad adeudada al Banco derivada de cualquiera de las liquidaciones asociadas a un producto.

- El incumplimiento por parte del cliente de cualquiera de las obligaciones contraídas con Bankinter o con terceros.

- La comprobación de la falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados por el cliente a Bankinter, que hayan servido para la formalización de la operación.

- La variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación o la disminución de la solvencia patrimonial y financiera del cliente por cualquier causa.

"En los casos descritos en esta cláusula, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución".

Tras unas liquidaciones positivas, se sucedieron otras negativas, como consecuencia de la bajada drástica de los tipos de interés, lo que provocó que Serrerías Carrera Ramírez, S.L. cancelara anticipadamente el swap con un coste de cancelación de 112.363,36 euros.

2. En la demanda que inició el presente procedimiento, Serrerías Carrera Ramírez, S.L. ejerció una pluralidad de acciones frente a Bankinter, unas de forma principal y otras con carácter subsidiario, para el caso en que se desestimaran las principales.

Con carácter principal, la demanda pedía que se declarara que existía un contrato o relación jurídica de asesoramiento entre Serrerías Carrera Ramírez, S.L. y la demandada (Bankinter), y que se declarara el incumplimiento de ese contrato o de las obligaciones derivadas de esa relación jurídica de asesoramiento, al haber recomendado la contratación del CLIP Bankinter extra 08.2 y la firma de los dos documentos. Como consecuencia de lo anterior, la demanda pedía la condena de Bankinter a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a Serrerías Carrera Ramírez, S.L. que concretaba en lo siguiente: la devolución de las liquidaciones totales satisfechas (descontando las liquidaciones a favor), el coste de cancelación y los intereses remuneratorios soportados para hacer frente a la financiación de dicho coste de cancelación, así como los intereses legales compensatorios a contar desde la fecha de los respectivos pagos.

Con carácter subsidiario a esta petición de condena, la demanda pedía la condena de la demandada a indemnizar los daños y perjuicios que pudieran apreciarse judicialmente en el procedimiento, tras la práctica de la prueba, así como al pago de los intereses correspondientes.

Con carácter subsidiario a las anteriores peticiones, se solicitaba que se declarara la nulidad de las cláusulas 5ª y 6ª del contrato de gestión de riesgos financieros, que se refieren a la cancelación anticipada a favor del banco y del cliente, respectivamente, y que se condenara al banco a devolver las cantidades pagadas como coste de cancelación.

3. La sentencia de primera instancia desestimó las pretensiones principales y estimó la última petición subsidiaria, pues declaró la nulidad de la cláusula 6ª del contrato relativa a la cancelación anticipada a instancia del cliente y condenó al banco demandado a restituir a la demandante la cantidad total satisfecha por esa cancelación final, con los intereses desde la fecha del pago.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por Bankinter. Y la demandante, además de oponerse a la apelación, impugnó la sentencia en relación con la desestimación de sus peticiones principales.

La Audiencia desestima la impugnación de Serrerías Carrera Ramírez, S.L., al no apreciar que existiera contrato o relación jurídica de asesoramiento entre esta sociedad y Bankinter. Al respecto razona lo siguiente:

"Pues bien en el supuesto de litis, excluida la relación de confianza entre el cliente y sus asesores, a que alude la demanda (se trataba de un cliente de nueva incorporación y la primera operación que el actor concluye con la entidad bancaria es la apertura de una cuenta corriente en mayo de 2008), consta que en fecha 8 de abril de 2008, se remitió por personal de la entidad demandada un correo electrónico a la empresa "Serrerías Carrera Ramírez S. L." (que el representante de la demanda reconoce efectivamente haber recibido), del tenor siguiente: "Te remito fichero, según visita esta mañana, de las condiciones sobre productos y operativa" y la comunicación se cerraba en los términos siguientes: "Te llamo en unos días y quedamos para comentar".

"Y el testimonio de la Sra. Sandra (que, a pesar de su condición de empleada de la demandada, se considera plenamente fiable, en la medida en que viene a confirmarse, en lo sustancial, por aquella documental), aclara que se pasó al administrador de la mercantil ahora demandante, una oferta de una gama productos y servicios, entre los que se incluía, como una opción más, el contrato de cobertura de tipos de interés, que era un producto genérico en cuanto se ofrecía a todos los clientes y fue el administrador de la mercantil quién decidió que productos y servicios se adaptaban a sus necesidades.

"De modo que, sin que conste que hubiere mediado otra intervención del personal de la entidad bancaria, en el mes de mayo el administrador de la mercantil ahora demandante suscribió un contrato de apertura de cuenta corriente y en el mes de junio, en la misma fecha, unas Condiciones Generales y unas Condiciones Particulares de gestión de riesgos financieros.

"En fin, no puede olvidarse que es el propio demandante quien excluye categóricamente que existiere alguna actividad de recomendación personalizada anterior a la firma del contrato, pues sitúa tal actividad de recomendación en el contrato marco (Condiciones Generales de gestión de riesgos financieros") y al efecto, expone: "En el seno de dicho contrato marco (de asesoramiento) donde se produce la concreta recomendación y colocación del swap" (Hecho Primero II. 1. del escrito de demanda).

"Por consiguiente, lo que se hizo fue, en trámite de comercialización, remitir una relación genérica de los productos que se podían contratar con el Banco, para que el posible cliente decidiera sobre aquel o aquellos que se adecuaban a sus necesidades. En suma, no parece apropiado hablar de un ofrecimiento personalizado o de una recomendación concretada en un determinado y específico producto y, en tal sentido singularizada, sino, en todo caso, de una comunicación de carácter comercial o realizada en el ámbito de la comercialización de productos financieros, lo que, con arreglo al citado apartado g) del art. 63. 1 de 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, excluye que pueda hablarse de asesoramiento en materia de inversión".

Y estima el recurso de Bankinter con el siguiente razonamiento:

"no se acierta a adivinar cual es la norma imperativa o prohibitiva que, en perjuicio de la parte actora, habría vulnerado la cuestionada cláusula. Ni siquiera la parte actora cita un precepto específico y terminante de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o de otra norma, limitándose a una referencia genérica e indiscriminada que no puede fundar una sanción tan exorbitante. Y la sentencia de instancia incluye una referencia absolutamente superflua e inconexa al art. 5. 5 de la Ley, para recordar la necesidad de que la redacción de las cláusulas se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, pero de ninguno modo dice, como es lógico, que la cláusula debatida contradiga o infrinja tal precepto. (...)

"De ningún modo cabe hablar de infracción del art. 1256 del Código Civil que, desde luego, no impide que se pueda pactar el desistimiento de la relación convenida, sin necesidad de un previo incumplimiento de las obligaciones convenidas o, naturalmente, en caso de incumplimiento de las mismas".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante. El recurso se articula en dos motivos.

## Segundo.

### Motivo primero del recurso de casación

1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 4.4 de la Directiva 2004/39 CE, del art. 52 de la Directiva 73/2006, de los arts. 63.1.g) y 79 bis LMV (vigente a la fecha de la comercialización del CLIP Bankinter), tras la redacción dada por la Ley 47/2007, así como los arts. 64, 72 y 73 RD 217/2008, y los 1258 y 1255 CC, y en consecuencia los arts. 1101, 1103, 1106 y 1107 CC, sobre responsabilidad por incumplimiento de obligaciones en el asesoramiento.

En el desarrollo del motivo se aclara que esta infracción se realiza en un triple orden consecutivo:

"1.- Se infringen los artículos 4.4 2004/93 de la Directiva y 52 de la Directiva 2006/73, así como el artículo 63.1g de la Ley del Mercado de Valores (el vigente a fecha de comercialización) al entender ambas resoluciones que no puede otorgarse la calificación jurídica de asesoramiento la actuación de Bankinter en el caso que nos ocupa.

"2.- Al no entrar a conocer del fondo del asunto, por entender que no hay asesoramiento, se infringen igualmente los artículos 79 bis de la Ley y los artículos 64, 72 y 73 del Real Decreto 218/2017, así como los artículos 1255 y 1258 del Código Civil y la doctrina del Tribunal Supremo sobre el especial alcance de la obligación informativa y tratamiento al cliente minorista en materia de swap, al no haber entrado ninguno de ambos órganos a analizar si el Banco cumplió con todas las obligaciones que le incumbían (información debida y suficiente, verbal y documental, test de idoneidad y conveniencia, ausencia de conflicto de intereses, idoneidad de la recomendación, etc). Es decir, tras dos instancias, sigue imprejuzgada la cuestión de los posibles incumplimientos en las obligaciones de asesoramiento.

"3.- Y por ende, se infringe lo previsto en los artículos 1101, 1103, 1106 y 1107 del Código Civil relativos a la indemnización por daños y perjuicios cuando se declare que habido incumplimiento de obligaciones en el asesoramiento".

2. Objeciones a la admisión del motivo. Procede desestimar las objeciones formuladas por Bankinter a la admisión del recurso. De una parte, aunque aparentemente existe una amalgama de preceptos heterogéneos infringidos, en realidad, no lo es, si tenemos en consideración la distinción realizada por el propio recurrente. Este aclara que la infracción de preceptos denunciada se habría cometido de forma consecutiva. De tal forma que basta fijarse en el primer escalón de normas infringidas, cuya estimación daría pie a entrar en los demás. En ese primer escalón no se aprecian normas heterogéneas, todas guardan relación con lo que se impugna, que se haya negado la existencia de una relación de asesoramiento, cuyo incumplimiento motivaba la relación de indemnización de daños y perjuicios.

La segunda objeción (el recurso pretende alterar la base fáctica de la sentencia) tampoco puede prosperar, en cuanto que con un respeto a los hechos acreditados en la instancia, es posible revisar la valoración jurídica realizada por la Audiencia sobre si existía una relación de asesoramiento cuyo incumplimiento pudiera provocar una acción de indemnizatoria.

3. Resolución del tribunal. Procede estimar el motivo por las razones que exponemos.

Para analizar la cuestión suscitada en este motivo, partiremos, en primer lugar, de los preceptos que se denuncian infringidos en relación con la existencia o no de una relación de asesoramiento financiero, así como su interpretación por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la jurisprudencia de esta Sala. Luego dejaremos constancia de los hechos relevantes que han sido acreditados en la instancia. Y, a continuación, bajo las anteriores premisas, revisaremos la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida.

4. Normativa que se denuncia infringida y su interpretación jurisprudencial

El art. 4 de la Directiva 2004/93 define el asesoramiento en materia de inversión del siguiente modo: "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros".

Por su parte, el art. 52 de la Directiva 2006/73 prescribe los siguiente:

"A efectos de la definición de "asesoramiento en materia de inversión" que figura en el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39/CE, se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de agente de un inversor o posible inversor.

"Esa recomendación deberá presentarse como conveniente para esa persona o deberá basarse en una consideración de sus circunstancias personales, y deberá constituir una recomendación para realizar algunas de las siguientes acciones:

"a) comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico;

"b) ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero.

"Una recomendación no se considerará recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o al público."

Por su parte, el artículo 63.1 LMV, en la versión dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, vigente al tiempo en que se comercializó el CLIP Bankinter 08.2, al hacer una enumeración de los que deben considerarse servicios de inversión, menciona en la letra g):

"El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial"

5. Interpretación jurisprudencial. La sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), para saber si un determinado servicio de inversión presupone un asesoramiento en materia inversión, a los efectos de exigir, además del test de conveniencia, el de idoneidad, advierte que hay que atender no tanto a la naturaleza del producto financiero como a la forma en que es ofrecido al cliente (apartado 53). Y concluye que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un Swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

La posible apreciación de una relación de asesoramiento financiero en la contratación del CLIP Bankinter 08.2 por parte de la demandante es muy relevante, en cuanto que aflora en este caso como un presupuesto de la acción ejercitada de indemnización de daños y perjuicios ejercitada, por incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento del art. 79 bis LMV (versión vigente al tiempo de la contratación del producto financiero), de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala.

Como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Esta doctrina, reiterada en resoluciones posteriores (entre otras, en las sentencias 62/2019, de 31 de enero, 303/2019, de 28 de mayo, y 165/2020, de 11 de marzo), se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva propiamente una

inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando se contrata un swap, en el que propiamente no hay una inversión" (615/2020, de 17 de noviembre).

6. En este caso es importante volver sobre los hechos acreditados en la instancia, relativos a cómo se comercializó y contrató el producto.

No consta que se hubiera firmado un contrato de asesoramiento financiero. Lo que no impide que, conforme a la jurisprudencia antes citada, pudiera considerarse que, por cómo fue contratado, medió una relación de asesoramiento financiero.

Como resalta la Audiencia, Serrerías Carrera Ramírez, S.L. comenzó sus relaciones comerciales con Bankinter, mediante la apertura de una cuenta de crédito, el 19 de mayo de 2008. Y fue el 16 de junio de 2008, cuando Serrerías Carrera Ramírez, S.L. concertó con Bankinter el contrato de gestión de riesgos financieros y suscribió el denominado CLIP Bankinter extra 08.2, una permuta de tipos de interés al que se reconoce la consideración de producto financiero complejo.

La Audiencia deja constancia de que, previamente, el 8 de abril de 2008, Bankinter había remitido un correo electrónico a Serrerías Carrera Ramírez, S.L. del siguiente tenor: "Te remito fichero, según visita esta mañana, de las condiciones sobre productos y operativa". Y la comunicación se cerraba en los términos siguientes: "Te llamo en unos días y quedamos para comentar".

La Audiencia también declara probado, sobre la base del testimonio de la empleada de Bankinter que intervino en la operación, que "se pasó al administrador de la mercantil ahora demandante, una oferta de una gama productos y servicios, entre los que se incluía, como una opción más, el contrato de cobertura de tipos de interés, que era un producto genérico en cuanto se ofrecía a todos los clientes y fue el administrador de la mercantil quién decidió qué productos y servicios se adaptaban a sus necesidades".

7. De estos hechos, la Audiencia concluye, mediante una valoración jurídica, que la contratación de la permuta financiera no fue consecuencia de una recomendación del banco y por ello no había habido relación de asesoramiento financiero.

Esta sala difiere de esta valoración jurídica, pues de los hechos acreditados se infiere que fue Bankinter quien, como consecuencia de la previa visita al administrador de la sociedad Serrerías Carrera Ramírez, S.L., le remitió una oferta de posibles productos que pudiera satisfacer sus intereses, para que eligiera. Ese acto presupone que, previamente, el banco ha seleccionado varios productos que podrían interesar al cliente de acuerdo con el contenido de la entrevista previa, y se los ha pasado para que escoja. Esa selección de productos y la posterior oferta no deja de estar personalizada, va dirigida no en general a una pluralidad de clientes sin atender a sus situaciones particulares, sino que se ofrecen a un cliente concreto y en atención a lo manifestado en la previa entrevista. Esta actividad entra dentro de lo que la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L., entiende por servicio de asesoramiento financiero, que precisaba la formalización de un test de idoneidad.

8. En otras ocasiones, hemos entendido que en el marco de esta relación de asesoramiento financiero para la contratación de una permuta financiera, el incumplimiento de las exigencias de información precontractual, previstas con carácter general en el art. 79bis.3 LMV, y las particulares de la relación de asesoramiento ínsitas en el test de idoneidad al que se refiere el art. 79bis. 6 LMV, además de una eventual acción de nulidad por error vicio, puede prosperar también una acción de indemnización de daños y perjuicios, que es la que se ejercita en este caso.

Así, por ejemplo, en la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores (sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero) explicitamos, en un supuesto en que era exigible el test de idoneidad, el alcance de la información que debía ser suministrada por la entidad prestadora de servicios de inversión:

"legislación (arts. 79 bis LMV) impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente".

Y también advertimos que conforme a la jurisprudencia, "cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado".

9. En nuestro caso, de los hechos acreditados en la instancia, en los que sólo consta que la empleada del banco remitió la documentación de los diversos productos al cliente, sin que le hubiera explicado con detalle los riesgos que implicaba la contratación de la permuta financiera (CLIP), incluido los eventuales costes de cancelación, no se ha acreditado que se hubiera cumplido con las reseñadas exigencias legales de información precontractual en el seno de una relación de asesoramiento financiero como la que hemos declarado que existió. Es imputable a

este incumplimiento del banco las consecuencias negativas que se derivaron para el cliente, el saldo de las liquidaciones que le fue claramente perjudicial y el coste de cancelación.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, estimar la impugnación de la sentencia de primera instancia realizada por la demandante, con ocasión de oponerse a la apelación del banco, y estimar sustancialmente la demanda en el sentido de condenar al banco demandado a indemnizar a la demandante en el importe resultante de sumar lo siguiente: el saldo negativo de las liquidaciones practicadas en la permuta financiera contratada y el coste de cancelación, así como los intereses devengados por esas cantidades desde que fueron satisfechas.

10. La estimación del primer motivo hace innecesario entrar a analizar el motivo segundo que se refiere a la desestimación de las pretensiones que ejercitó con carácter subsidiario a las que han resultado sustancialmente estimadas como consecuencia de la estimación del motivo primero.

### **Tercero.**

#### **Costas**

1. Estimado el recurso de casación formulado por Serrerías Carrera Ramírez, S.L., no procede hacer expresa condena en costas, conforme a lo regulado en el art. 398.2 LEC, con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación de la impugnación formulada por Serrerías Carrera Ramírez, S.L., razón por la cual no se hace expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC). Y sin que haya quedado alterado el pronunciamiento de no imposición de costas de la apelación de Bankinter.

3. Estimadas sustancialmente las pretensiones ejercitadas con carácter principal en la demanda, procede imponer a la demandada las costas ocasionadas en primera instancia ( art. 394 LEC).

#### **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 Serrerías Carrera Ramírez, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6.ª, con sede en Vigo) de 18 de noviembre de 2019 (rollo 348/2019), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar la impugnación formulada por Serrerías Carrera Ramírez, S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo, de 18 de febrero de 2019 (juicio ordinario núm. 228/2018), en el sentido de estimar sustancialmente la demanda y condenar a Bankinter a indemnizar a Serrerías Carrera Ramírez, S.L. en el importe resultante de la suma del saldo negativo por las liquidaciones practicadas en el CLIP Bankinter extra 08.2 suscrito el 16 de junio de 2008, más el coste de la cancelación de este producto, así como los intereses devengados desde la satisfacción estas cantidades.

3.º No hacer expresa condena de las costas del recurso de casación, ni tampoco de la impugnación formuladas ambas por Serrerías Carrera Ramírez, S.L. E imponer a Bankinter las costas generadas en primera instancia.

4.º Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.