

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0122772

Recurso de Apelación 614/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 636/2017

Apelante: BANKINTER S.A.

PROCURADOR D./Dña.

Apelado: D./Dña.

D./Dña.

D./Dña.

SENTENCIA N° 465/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Dña. MIRIAM IGLESIAS GARCÍA-VILLAR

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS**

En Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre Nulidad de Contrato, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandantes-apelados D^a. , D^a. y D. , representados por el Procurador D. Juan Antonio Gómez–Morán Argüelles y asistidos del Letrado D. Juan Luis Pérez Gómez–Morán, y de otra, como demandado-apelante BANKINTER,

S.A., representado por la Procuradora D^a. y asistido del Abogado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 59, de Madrid, en fecha veinticinco de mayo de dos mil dieciocho, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador Sr. GÓMEZ MORAN ARGÜELLES, en representación de D. , D^a y D^a frente a la entidad BANKINTER S.A., representada por el Procurador Sra. , declarar la nulidad del contrato denominado "INTERCAMBIO DE TIPOS DE INTERÉS" firmado por sus mandantes, en fecha 16 de octubre de 2006, condenando a BANKINTER S.A. a la devolución a los actores de la cantidad de 32320'68 euros más gastos y comisiones, más el interés legal sobre dicha cantidad devengado desde la fecha de devengo de cada una de las cuotas y hasta el momento de la total restitución del importe del precio pagado y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 576 de la LECv, CONDENANDO, asimismo, a la demandada, al abono de las costas procesales devengadas en la tramitación del procedimiento en esta instancia".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta

Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Por la representación de la apelante, Bankinter S.A., demandada en primera instancia, se interpone recurso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª instancia nº 59 de Madrid, con fecha 25 de mayo de 2.018, estimatoria de la demanda de nulidad del contrato de “intercambio de tipos de interés” suscrita por dicha entidad y D. , Dª. y Dª , con base en las alegaciones que luego se expondrán.

SEGUNDO. Sucintamente en la demanda iniciadora del procedimiento los actores que manifestaban haber suscrito el 11 de agosto de 2.004 con la demandada un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda por importe de 444.000 euros, y que con motivo de la escalada de los intereses a finales del año 2.006 recibieron una llamada de los empleados del Banco demandado proponiéndoles la firma de un contrato para asegurar los riesgos de subida de los referidos tipos lo que hicieron firmando un contrato de “intercambio de cuotas” el 16 de octubre de 2.006, a pesar de su falta de conocimientos financieros, sin ofrecerles otros productos alternativos y sin haber recibido información previa, habiendo abonado por dicho contrato un

total de 32.320,68 euros. Que tampoco de les informó del costo de su cancelación anticipada, por todo lo cual interesaban:

1º) Con carácter principal que se declarara la nulidad o anulabilidad del contrato de “intercambio de tipos de interés” de 16 de octubre de 2.006 por vicio del consentimiento e infracción de las normas imperativas, con devolución a los actores de la cantidad de 32.320,68 euros más los gastos y comisiones, más el interés legal devengado desde la fecha de cada una de las cuotas hasta la total restitución de su importe, teniendo en cuenta además lo establecido en el art. 576 de la L.E.C.

2º) Subsidiariamente, que se declarara el derecho de los actores a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados en las cantidades precitadas.

3º) En todo caso con imposición de costas a la demandada.

La demandada se opuso por las razones que constan pormenorizadamente descritas en la sentencia recurrida.

La Juzgadora de instancia estimó íntegramente la demanda.

TERCERO. En la primera de las alegaciones de su recurso, la apelante denuncia error en la valoración de las pruebas y en la sentencia recurrida sobre la carga de la prueba porque la misma no recoge hechos y documentos que fueron aportados por la demandada, tales como el documento nº 5 de la contestación consistente en la reclamación que D^a. hizo al Banco con fecha 17 de septiembre de 2.012 pidiendo la devolución de las cantidades entregadas; así como el documento nº 1 de la contestación en el que se indicaba a los actores la posibilidad de liquidaciones negativas, la existencia de un coste en el caso de

cancelación anticipada, la naturaleza del intercambio y las condiciones financieras del producto suscrito. Añade que no hubo en ningún momento incumplimiento contractual alguno en la fase precontractual, que los clientes conocían con anterioridad a la suscripción del swap el coste de las cuotas a pagar por el préstamo hipotecario y por el swap, que el producto se comercializó de conformidad con las expectativas de mercado.

En la segunda insiste en la caducidad de la acción ejercitada teniendo en cuenta no solo lo expuesto por la S.T.S. 146/18, porque dicho Tribunal ha dicho que no solo debe atenderse al vencimiento del contrato para el cómputo inicial de la acción ejercitada, sino a los supuestos en los que se puede demostrar que anteriormente se ha producido una prestación que permite identificar que los actores conocieron de forma inequívoca el coste tanto de su cuota hipotecaria como de intercambio de tipos lo que en el presente caso tuvo lugar el 11 de septiembre de 2.012 (y como muy tarde el 11 de septiembre de 2.013), por lo que habiéndose interpuesto la demanda el 28 de junio de 2.017 la acción conforme a lo dispuesto en el art. 1.301 del C.C. estaba caducada.

En la tercera denuncia nuevo error de la sentencia recurrida al interpretar las normas jurídicas así como la doctrina relativa a la teoría del error invalidante porque los actores nunca confundieron el contrato que suscribían con un contrato de seguro, por lo que la demanda va contra la doctrina de los propios actos.

En la cuarta y con carácter subsidiario para el caso de que se rechazara la acción de nulidad, denuncia el incumplimiento de los presupuestos para la procedencia de la acción indemnizatoria del art. 1.101 del C.C. así como del nexo causal y la aplicación de los arts. 1.104, 1.105 y 1.107 del C.C.

Y en la quinta muestra su disconformidad con la condena en costas.

CUARTO. Por razones de lógica-procesal nos pronunciaremos primero sobre la alegada caducidad de la acción. En la segunda de las alegaciones de su recurso, la apelante Bankinter S.A. insiste en la caducidad de la acción anulabilidad del art. 1.301 del C.C., conforme a la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, porque en estos contratos complejos, el inicio del cómputo de la acción de caducidad, tiene lugar desde la primera de las liquidaciones negativas ya que ello demuestra la existencia de conocimiento del error por el cliente.

Partiendo de que la acción ejercitada no fue ciertamente la de nulidad absoluta por ausencia total del consentimiento (y por tanto imprescriptible), sino la de anulabilidad del art. 1.301 del C.C. por vicio del mismo según el cual “la acción de nulidad dura cuatro años”, que en los casos de error en el consentimiento comienza a correr desde la consumación del contrato el T.S. a los efectos de fijar definitivamente que ha de entenderse por “consumación del contrato” en Sentencia del Pleno de 12 de enero de 2.015 (posteriormente ratificada por las de 7 de julio de 2.015, 25 de febrero de 2.016, 19 de diciembre de 2.016 etc. etc.) dijo que no debían confundirse la “perfección” del contrato, con la “consumación” del mismo, de forma que la acción nacía y por tanto el computo de la misma se iniciaba *“cuando se tiene o se puede tener cabal y completo de la causa que justifica la acción...por eso en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de los contratos bancarios...la consumación a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de*

ejercicio de la acción será por tanto el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”, habiendo dictado luego varias sentencias para la determinación del dies a quo en la acción de anulabilidad por error en el consentimiento de un clip hipotecario en el momento en el que se produce la primera liquidación negativa en contra del cliente (SS.T.S. de 3 de marzo de 2.017, 9 de junio de 2.017, 12 de julio de 2.017); y en el presente caso, siguiendo dicha doctrina, el hecho de que se cargara en la cuenta de los actores el importe de dichas liquidaciones negativas ya desde el mes de junio de 2.009, determinaba que, desde esa fecha, la actora pudo conocer el riesgo real del contrato, de forma como la demanda se había presentado el 9 de septiembre de 2.016 la acción estaba caducada.

Pero el Tribunal Supremo en Sentencia posterior de 19 de febrero de 2.018 modificó este criterio diciendo que *“Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para*

el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato». A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato. En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato). En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer

fundamento jurídico de esta sentencia”, por lo que en el caso de autos siendo la fecha de vencimiento del contrato la de 11 de agosto de 2.013, y habiéndose presentado la demanda el día 28 de junio de 2.017 es claro que la acción, como adelantó la Juzgadora de instancia, no estaba caducada.

QUINTO. El resto de los motivos o alegaciones de la recurrente, por su íntima relación, serán conjuntamente resueltos.

Al margen de que el denunciado error en la apreciación de la prueba no es tal por el hecho de que los “hechos probados” de la sentencia no recojan hechos o todavía más documentos aportados por una de las partes, en este caso por la demandada, porque como es sabido el Juzgador de instancia es libre para tener en cuenta y valorar de entre los aportados por la partes aquellos que estime más convenientes y relevantes para la resolución de la controversia, diremos en primer término que como dice la Sentencia de la Sección 10^a de esta misma Audiencia de 11 de julio de 2.012 “Los contratos denominados “de permuta financiera”, “de intercambio de tipos” o “de intercambio de cuotas” (swap), y no cabe duda que el de autos lo es, son modalidades negociales desprovistas de regulación normativa, esto es, atípicas, de productos conocidos como “derivados financieros”, es decir, de aquellos en los cuales la determinación de su valor real depende a su vez de otros activos denominados “activos subyacentes”. Su origen se encuentra en una convención mediante la cual dos partes, una entidad de crédito y un cliente (empresa o particular) consienten en un intercambiarse flujos de pagos dentro de un período de tiempo prefijado, mediante la aplicación de unos coeficientes dispares sobre el valor del activo subyacente en un momento determinado y con la finalidad de producir un favorecimiento mutuo. El “Swap de tipos de interés” (Interest Rate Swap, IRS), es un producto financiero mediante el cual dos partes acuerdan

intercambiarse los flujos de pagos que resulten de aplicar a un capital determinado, comúnmente denominado “nocial”, unos tipos de interés determinados, normalmente fijo para el cliente, en tanto que es variable para la entidad financiera, por referencia a un sistema conocido. La finalidad es la de mejorar la financiación de otras operaciones, de modo que una oscilación al alza de los tipos de interés por encima del convenido en los préstamos de que sea titular el cliente, se compense con lo que perciba de la otra parte en aplicación del swap; y viceversa, en el supuesto de descenso del tipo de referencia, se compense con los pagos a la entidad financiera, de forma que el coste de la financiación sea equilibrado. Así, como quiera que la operación se presenta de ordinario como una suerte de “garantía” para el cliente frente a las fluctuaciones de los tipos de interés variable que rigen los créditos que la propia entidad oferente le ha concedido con precedencia, que su crédito hipotecario pueda experimentar, por algunos se identifica de un modo un tanto acrítico con una especie de “seguro” que les protegía de una hipotética subida de tipos de interés”.

Se trata en definitiva de que cuando el Euribor esté por debajo del tipo fijo que debe el cliente al Banco, éste debe abonarle la diferencia entre esos dos valores, en cambio el cliente recibe un pago a su favor cuando el Euribor, está por encima del tipo fijo. Las liquidaciones a practicar entre ambas partes se efectúan por la diferencia de dos reglas de interés simple: 1) Capital x tipo de interés fijo x plazo; y 2) Capital x tipo de interés variable x plazo; o lo que es lo mismo Capital x (diferencia entre tipo de interés fijo y tipo de interés variable pactados) x plazo, adeudándose o abonándose las cantidades resultantes de la aplicación de la permuta.

Pues bien, sobre este tipo de contratos es ya numerosa la jurisprudencia

del T.S. que viene sosteniendo que sea cual sea la legislación aplicable, tanto la normativa Mifid si el contrato se suscribió después de la entrada en vigor de la misma (21 de diciembre de 2.007) como la primitiva Ley del Mercado de Valores (antes de su reforma), era obligado para las entidades prestamistas suministrar con carácter previo a la contratación una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer los riesgos concretos del producto. La S.T.S. de Tribunal Supremo 23/03/2017 con relación a 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 señala: “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. Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, 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. Con relación a los contratos posteriores a la incorporación al Derecho español de la Directiva MiFID, hay que señalar que, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán

a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información 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 los deberes de 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 de 7 y 8 de julio de 2014; 15 de octubre de 2.015, 4 de febrero de 2.016 y otra mucha que cita). En el presente caso, dada la conexión negocial de los contratos suscritos (el préstamo con garantía hipotecaria y el swap), debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero, o del riesgo que podía comportar el coste económico de su cancelación anticipada. Estos deberes no se cumplen atendiendo principalmente a la mera literalidad genérica de los contratos suscritos. En este sentido, según dijimos en las sentencias de 12 de enero de 2015, y 30 de noviembre de 2.015, 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. El incumplimiento del deber de información al cliente sobre los riesgos derivados de la bajada del 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 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... actualmente 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. La omisión de este deber 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, 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 comporta un incumplimiento de las obligaciones contractuales de la entidad financiera. Que el cliente sea un profesional que cuya categoría y preparación en su trabajo sea indiscutible no comporta que sea un experto financiero, es decir que disponga de la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap que se corresponde con la de un profesional del mercado de valores o, al menos, la de un cliente experimentado en este tipo de productos. Por último, con relación a la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera, esta sala, en su sentencia de 5 de octubre de 2.016, ha declarado lo siguiente: «[...]En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál era 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 magnitudes están relacionadas con el pronóstico, sobre la evolución de la variable económica de referencia 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 dicho antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, 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 y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la «apuesta» que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco. »En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el

coste de cancelación se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información : de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc. »Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. La estimación del primer motivo comporta la estimación del recurso de casación, por lo que resulta innecesario entrar en el examen del segundo motivo”, en nuestro caso en el resto de los motivos subsidiariamente formulados.

En el concreto caso de autos, por más que se empeñe la apelante Bankinter S.A., dicha entidad incumplió sus deberes de información con la actora cuando suscribió el contrato de permuta financiera de tipos de interés. Por más que cumpliera inicialmente el contrato de financiación proporcionado a la actora esta mediante la suscripción de un contrato de préstamo con lógica garantía hipotecaria, la imposición de otras garantías supuestamente para estabilizar los tipos pactados en dicho préstamo a través de la suscripción de un Contrato swap el 16 de octubre de 2.006 no fue tal pues la evolución a la baja del Euribor ya se preveía por las entidades bancarias antes de concertar el swap. El diseño unilateral del producto de cobertura, que comporta según la L.M.V. un servicio de inversión, la exigencia no cumplimentada de realizar a la actora un test para conocer su preparación y concluir si el producto diseñado era o no adecuado a su perfil, determina el incumplimiento de la obligación de informar adecuadamente de los posibles riesgos que la firma del swap comportaba, la clara inadecuación del swap para estabilizar las posibles de forma que puede

decirse que la demandada incumplió parcial pero claramente las obligaciones del contrato, concretamente las relacionadas con el ofrecimiento de un producto claramente inadecuado para estabilizar los tipos pactados en el préstamo.

Y es que en el presente caso, en primer lugar, la ausencia en autos de una precisa información suficiente y complementaria del contrato suscrito, hace pensar que efectivamente los actores, por carecer de los conocimientos financieros necesarios, no comprendieron fácilmente el contrato que suscribían y firmaban aconsejados por los empleados de la sucursal bancaria con la que habitualmente trabajaba. El hecho de que los actores percibieran muchas liquidaciones negativas, induce a pensar que efectivamente el producto contratado, no estaba dirigido a protegerle de las fluctuaciones del tipo de interés que el leasing contratado podría padecer, y la posible referencia al tipo de interés vigente en cada momento, no puede llevar a la conclusión de que los demandantes hubieran sido suficientemente informados tanto previamente a la contratación como el tiempo de suscribir el contrato, lo cual comporta no solo que careciera de la misma a los efectos establecidos por la normativa vigente, sino además que dicha falta la hiciera incurrir en el precitado vicio del consentimiento. El fuerte componente aleatorio de las permutas financieras aconseja que las entidades informen del riesgo que las mismas comportan y ofrezcan a los clientes una previsión razonada y razonable de la posible evolución del Euribor. En el presente caso, la demandada no podía ignorar que ya desde finales del año 2.007, las previsiones establecidas por la Asociación Española de la Banca y demás entidades financieras, publicadas por los medios de comunicación especializados, eran que la tendencia del Euribor era a la baja, como lo prueba el hecho de que el mismo alcanzara su cota máxima en el mes de octubre de 2.008, en el que el tipo de interés fue de 5,526%.

En segundo lugar, aun admitiendo que la información facilitada, fuera lo suficientemente explícita para dar por cumplidas las precitadas exigencias de información que las normas antes citadas, exigen, es lo cierto que no resulta probado que los empleados de la sucursal bancaria demandada que facilitaron el producto, tuvieran conocimientos suficientes para exponer a la demandante los peligros que dicho producto acarrearía. Por ello no puede admitirse que la declaración de voluntad de la contratante fuera correctamente formada cuando, como decíamos se vertió con la finalidad de cubrirse de las excesivas oscilaciones del Euribor, sobre todo de una subida que ya entonces era constatable que no se iba a producir, o lo sería en un cortísimo periodo de tiempo y en un porcentaje mínimo, que desde luego no sería compensado cuando el mismo descendiera. En el presente caso estamos pues en presencia de un swap claramente vinculado a un previo contrato préstamo con garantía hipotecaria, con lo que su finalidad inversora o especulativa queda descartada.

En tercer lugar, aunque estos contratos suelen contener, una cláusula referida al cálculo de la cancelación anticipada y la fórmula aplicable en tales casos, no es que solo se contemple la posibilidad del pago del coste correspondiente por el cliente, sin mención alguna a la demandada, sino que además, el coste de la cancelación queda absolutamente indeterminado porque una de las variables para calcularlo (el tipo de mercado) se hace depender de un “incierto” tipo publicado para las letras del tesoro o para los Bonos y Cotizaciones del Estado, según que al contrato le reste menos o más de un año para su vencimiento, con lo que el cliente no sabe a priori, ni siquiera por aproximación cual pudiera ser dicho coste. En definitiva, existe oscuridad en lo que a dicha cláusula se refiere. Así se desprende de la Sentencia del T.S. de 15 de noviembre de 2.012 sobre un “cargo por cancelación”.

Como consecuencia de lo expuesto, procede acoger la petición principal de nulidad ejercitada, confirmando la sentencia recurrida, rechazando consecuentemente la petición subsidiaria de incumplimiento contractual de la demandada Bankinter S.A. del contrato suscrito por las partes el 16 de octubre de 2.006, en los términos en los que se pronuncia el Fallo de la sentencia recurrida.

SEXTO. Por disposición del art. 398 de la L.E.C. no procede imponer a ninguna de las partes las costas causadas por este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. en nombre y representación de Bankinter S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1^a instancia nº 59 de Madrid con fecha 25 de mayo de 2.018, de la que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos con condena a la apelante de las costas causadas por este recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso

extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las

leyes.