Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
C/ Ferraz. 41 - 28008
Tfno.: 914933935
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0005927
Recurso de Apelación 344/2013
O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Móstoles
Autos de Procedimiento Ordinario 619/2012
APELANTE:
PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN
APELADO: CAIXA BANK S.A.
PROCURADOR D./Dña. ANGEL MONTERO REITER
BANCO SANTANDER, S.A.
PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

(01) 30141485745

SENTENCIA NÚMERO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 344/2013

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS
D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA
D. JOSE MARÍA PEREDA LAREDO

En Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil catorce.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario número 619/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 344/2013, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante , representada por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín; y de otra, como demandadas y hoy apeladas **BANCO SANTANDER S.A.** y **CAIXABANK S.A.,** representada por los Procuradores D. Eduardo Codes Feijoo la primera y D. Miguel Ángel Montero Reiter la segunda; sobre nulidad de contrato de permuta financiera.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JOSE MARÍA PEREDA LAREDO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles, en fecha 31 de enero de 2013, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO: Desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de , contra, BANCO SANTANDER S.A., representada por el Procurador D. Juan Antonio Gómez García, y contra CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Montero Reiter, debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra en la demanda rectora de autos. Con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora.".

Segundo.- Notificada la mencionada sentencia y previos los trámites legales oportunos, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, del que se dio traslado a la contraparte quien se opuso al mismo, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

Tercero.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo la cual tuvo lugar el día 20 de marzo del año en curso.

Cuarto.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

Segundo.- interpuso demanda contra Banco Santander, SA y contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, en la actualidad Caixabank, SA, en la que pedía que se declarase la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por la actora con Banco Santander el 23 de junio de 2008, en el que se subrogó parcialmente Caixabank, SA por cesión de Banco Santander, debiendo procederse a la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, más intereses legales, sin que sea exigible ningún importe en concepto de cancelación anticipada.

Efectuaba hasta tres peticiones subsidiarias: la primera, que se declarase el incumplimiento por los bancos demandados de sus obligaciones contractuales, declarándose la resolución del contrato, con indemnización de los daños y perjuicios causados y abono de intereses; la segunda y tercera, que se declarase que los bancos demandados habían sido negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, pidiéndose la indemnización de los daños y perjuicios causados, bien desde el 4 de septiembre de 2008 (segunda petición subsidiaria), bien desde el 15 de septiembre de 2008 (tercera), concretándose en todo caso el perjuicio en las pérdidas ocasionadas, debiendo restituirse a la actora las liquidaciones negativas generadas, más intereses legales, sin resultar exigible ninguna cantidad en concepto de cancelación anticipada.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, imponiendo a la parte actora las costas causadas. Dicha sentencia ha sido apelada por la Cooperativa demandante.

Tercero.- La actora se define como una cooperativa de docentes de enseñanzas infantil, primaria, secundaria y bachillerato que carece de experiencia y conocimientos en materia de inversiones complejas y de riesgo. Alega que en el año 2007 deseaba refinanciar sus deudas y unificar los préstamos y pólizas de la cooperativa y de los cooperativistas en un solo préstamo hipotecario. Banco Santander realizó una "oferta en

firme de aseguramiento de financiación" el 8 de noviembre de 2007; con fecha 6 de marzo de 2008 se firma entre la actora y dicho banco escritura de préstamo hipotecario por un importe de 15.500.000 euros; en ella se establece la obligación del Colegio (la Cooperativa actora) de celebrar un contrato de cobertura de tipo de interés con una duración de al menos trece años y por un importe no inferior a 11.625.000 euros. Con fecha 17 de junio de 2008, Banco Santander envía (a través de su empleado) al director del colegio , una presentación comercial del producto (de la permuta financiera de tipos de interés o *swap*), firmándose el contrato el 23 de junio de 2008, por un importe inicial de 11.625.000 euros, que iba disminuyendo progresivamente a lo largo de su duración; su fecha de inicio se fijó en el 4 de septiembre de 2008 y la fecha de vencimiento en el 4 de marzo de 2022; en el contrato se dice que "el banco paga semestralmente el tipo variable de referencia" y "el cliente paga semestralmente tipo fijo", siendo ese tipo variable el euríbor a seis meses y el tipo fijo del 5,20%; no obstante, existe un "Anexo: Funcionamiento Producto *Swap* Tipo Fijo".

Mediante contrato de fecha 18 de julio de 2008, Banco Santander cedió a Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa, hoy Caixabank, SA) el 37,4531835% de la operación de permuta financiera de tipos de interés con efectos desde el día 14 de agosto de 2008.

La primera pretensión que se esgrime en la petición de la demanda es que se declare nulo el contrato de permuta financiera de tipos de interés, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones. Aunque la forma de redactar el recurso suscita la duda de si se mantienen todos los fundamentos esgrimidos en la demanda, baste decir que hay que descartar la pretendida nulidad de pleno derecho del contrato por infringir normas imperativas, al referirse la actora apelante a normas de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio) –en adelante, LMV- como sus artículos 79 y 79 bis, cuya posible relevancia solo cabe en el ámbito contractual, no como supuestas normas imperativas infringidas; y también ha de descartarse que el contrato de *swap* carezca de objeto o de causa.

En cuanto al objeto, sí aparece precisado en el contrato, mientras que los aspectos que menciona la actora, como la cuantificación de las pérdidas que se pueden llegar a sufrir

o los criterios a utilizar para calcular el importe de la cancelación anticipada. afectan al contenido contractual y a los derechos y obligaciones de las partes. no al objeto contractual, que sí está definido.

Respecto de la supuesta carencia de causa. carece de fundamento, en cuanto que la actora está refiriéndose, en clara visión subjetiva, a una supuesta deslealtad del banco por ofrecer un producto que debía utilizar solo en caso de perspectivas alcistas de los tipos de interés, no bajistas, como era el caso a mediados de 2008, lo que sitúa la alegación en el marco del cumplimiento o incumplimiento contractual, diferente de la ausencia de causa; esta existe en los términos que determina el artículo 1.274 del Código civil y debe presumirse (artículo 1.277 del mismo Código), sin que se aprecie ausencia de causa en el contrato de *swap* objeto de este proceso.

Resta por examinar si concurre error en el consentimiento prestado por la Cooperativa actora.

Cuarto.- Conforme al artículo 78 bis, "Clases de clientes", de la LMV, "*las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios*", de modo que Banco Santander debió realizar esta clasificación respecto de la Cooperativa actora, aunque no consta que lo hiciese. Según el apartado 2 del precepto, "*Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos*". El apartado 3 enumera quiénes son considerados clientes profesionales, sin que concurran tales condiciones en la Cooperativa actora, como no puede discutirse y ni siquiera ha sido objeto de debate en la litis; por ello, debe ser considerada como cliente minorista (artículo 78 bis.4 de la LMV).

La existencia o no del error esgrimido en la demanda y la posible nulidad del contrato que derivaría del mismo exigen concretar las obligaciones de información que recaen sobre la entidad financiera que contrata *swaps* y las consecuencias que derivan del incumplimiento

de la normativa aplicable.

La STS de 20 de enero de 2014 (número 840/2013; recurso número 879/2012), relativa a un supuesto similar al de autos, nulidad de un contrato de *swap* por error en el consentimiento, señala:

> *"Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".*

La normativa específica, continúa la citada STS, "*denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive)*", impone "*específicos deberes de información por parte de la entidad financiera*", deberes que "*responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate*", lo que es un "principio general" "*consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código civil y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural*".

Igual que en el caso que resuelve la citada STS, al tiempo de contratar el *swap* de autos (23 de junio de 2008) ya había sido "traspuesta" o incorporada a nuestro ordenamiento la normativa denominada "MiFID" a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. De igual modo, también había entrado en vigor el Real

Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

En relación con el contenido de la información a suministrar por la entidad financiera que contrata el *swap*, transcribimos lo que dice la citada STS de 20 de enero de 2014 por su plena aplicabilidad al caso de autos:

7. Información sobre los instrumentos financieros *. 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, de 15 de febrero , 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".

***8. Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad**. 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.*

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), 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. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente

incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo 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 " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

"... estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). 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, de 15 de febrero, 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 especifica 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 (...)".

De igual manera que en esa sentencia, en el caso presente ha de determinarse si a la actora le fue prestado por el banco un servicio de asesoramiento en materia de inversión. La STS de 20 de enero de 2014, citando la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso (C-604/2011), declara que

"el Tribunal de Justicia entiende 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)".

En el caso que resuelve, entiende el Tribunal Supremo que la entidad bancaria

"llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas".

Trasladando tal criterio al caso presente, es claro que ha de concluirse que Banco Santander prestó un servicio de asesoramiento en materia de inversión a la Cooperativa , por cuanto la suscripción del contrato de permuta financiera de tipos de interés o *swap* fue una exigencia del banco para la viabilidad del plan de refinanciación concertado con la Cooperativa, siendo necesario el *swap* para la concesión del préstamo hipotecario reunificador de deudas.

Quinto.- En el caso de autos, Banco Santander no clasificó al cliente como ordena el citado artículo 78 bis; tampoco Caixabank, SA cuando se le cedió parte del contrato de *swap*. No le informó adecuadamente sobre las características y riesgos del producto en los términos que exigen los artículos 79 y 79 bis de la LMV, pues no es suficiente hacer referencia a posibles liquidaciones negativas sin especificar en qué medida dependen de la evolución de los tipos de interés, de qué cuantía serán (en el caso de autos, de varios millones de euros), cuál era la previsión de evolución de los tipos de interés y cuál sería el coste de la cancelación anticipada del producto.

No se trata de consignar simplemente, como se hace en el contrato, la posibilidad de liquidaciones negativas, sino que la información al cliente "*deberá ser imparcial, clara y no engañosa*" (artículo 79 bis.2 LMV); debe permitir al cliente "*comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa*" (art. 79 bis.3 LMV), sin que en el caso de autos conste que se diera información en tales términos. Las entidades demandadas "*deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios*" (artículo 79 LMV), no pudiendo decirse que lo hayan hecho así al permitir una operación que ofrecía claro riesgo de enormes pérdidas en caso de bajada de los tipos de interés, como así ha sucedido, sin informar previamente al cliente de esa posibilidad. Por tanto, las entidades demandadas incumplieron la obligación legal de realizar el denominado *test de conveniencia* (art. 79 bis.7 LMV) y el *test de idoneidad* (art. 79 bis.6 LMV), pues hemos concluido que sí existió asesoramiento.

No cabe acudir al componente aleatorio del contrato de *swap* ni a una supuesta

simplicidad del mismo para excluir la completa información y advertencia de riesgos que exige la normativa vigente. Basta leer los artículos 79 y 79 bis de la LMV para comprender que los bancos demandados faltaron a sus obligaciones de información esenciales, infracción grave siempre, pero más cuando, como es el caso, se proyecta sobre un producto financiero complejo, de alto riesgo (así lo han considerado tanto el Servicio de Reclamaciones del Banco de España como la Comisión Nacional del Mercado de Valores), lejos de la simplicidad que se le pretende atribuir. Que se trata de un producto financiero complejo no admite discusión, pues lo declara la ley: el artículo 79 bis de la LMV dispone:

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

(...)

ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

En esa enumeración aparecen mencionadas las permutas financieras de tipos de interés, a las que, por tanto, se les atribuye la consideración legal de "instrumentos financieros complejos". Así lo ha entendido reiteradamente esta Sala, cuya sentencia de fecha 21 de febrero de 2013, recurso 248/2012, señala:

"*El Servicio de Reclamaciones del Banco de España afirma que la permuta financiera de tipos de interés es un "derivado financiero, esto es, un producto cuya configuración alcanza un cierto grado de complejidad". En el mismo informe llega a calificar el swap como "producto especulativo de inversión" y como "producto financiero de alto riesgo", en contra de la simplicidad y facilidad de comprensión del mismo que es defendida por Bankinter.*"

Añade que

"*las características de la permuta financiera de tipos de interés "pueden ser comprendidas en todo su alcance entre un tipo de clientela inversora habituada a la contratación de este tipo de productos*", pero no es este el caso de la demandante

Realmente, si se hubiera informado de los riesgos de la operación de *swap*, constaría en autos, pero no es así; no puede equipararse a las rigurosas obligaciones de información que impone la ley la existencia de un período de "negociaciones" entre las partes de varios meses, que en realidad estuvo referido a la operación de refinanciación de la deuda de , esto es, a la operación global, no específicamente al *swap*, respecto del que no consta que hubiera ninguna negociación específica; y tampoco cabe considerar salvada la obligación de informar por el mero hecho, como alegan Banco Santander y Caixabank, SA, de que la Cooperativa hubiese sido asesorada por una entidad, , pues esta asesoró en materia educativa y en cuanto a la operación global de refinanciación (el préstamo hipotecario), pero no consta ni que debiera ofrecer asesoramiento alguno en materia de permuta financiera de tipos de interés ni que tuviera cualificación al efecto ni que, efectivamente, lo hiciese. Así lo confirmó la declaración testifical de D. , director financiero de , que llegó a afirmar que desconocía el contrato de junio de 2008 (el de *swap*), así como la presentación del mismo que se remitió días antes a la Cooperativa, resultando que dicha entidad no asumió asesoramiento alguno de la Cooperativa en relación con el contrato de permuta financiera de tipos de interés.

En todo caso, no es admisible la postura de las entidades bancarias demandadas que, habiendo incumplido sus obligaciones legales de información, pretenden imputar la negligencia al propio cliente por no haberse asesorado adecuadamente *con terceros* en todos los extremos que considerase necesarios.

Sexto.- Respecto de las previsiones de evolución de los tipos de interés, la parte actora considera relevante que según el banco las previsiones eran alcistas, pero esto no era así, habiendo sido informado el cliente de un extremo incierto, en lo que se basó la firma de la permuta financiera, pues las previsiones eran bajistas y ello hubiera determinado la no conveniencia de suscribir el *swap*, solo indicado en supuestos de tendencias alcistas en los tipos de interés. Ha de rechazarse la postura adoptada por Banco Santander, que mantiene que la evolución alcista o bajista de los tipos de interés en relación con el momento de la contratación del *swap* (junio de 2008) es "indiferente", porque el *swap* suscrito era una "cobertura perfecta", con él se lograba fijar el tipo que se aplicaría a la financiación con independencia de la evolución del euríbor. No obstante esa supuesta indiferencia, afirma que

en junio de 2008 la tendencia del euríbor era alcista, no siendo hasta diciembre de 2008 cuando, con la crisis financiera mundial y el hito negativo que supuso la quiebra de Lehman Brothers, se produjo una bajada generalizada de tipos.

Sin embargo, que la tendencia de los tipos de interés fuese al alza o a la baja tenía indudable trascendencia a efectos del contrato de *swap*, en contra de lo que inexplicablemente quiere ahora mantener Banco Santander. Lo reconoce el propio contrato cuando dice en su Anexo, al explicar el producto, que "*las liquidaciones serán tanto más negativas para el cliente cuanto mayor sea la bajada del tipo variable que recibe el cliente respecto al tipo fijo*", añadiendo que "*por tanto, el producto es consistente con una visión de subida de los tipos de interés*", frase oscura que no significa sino que las bajadas de tipos perjudican al cliente, que pagará más y que la firma del contrato no se justifica cuando las previsiones son de bajada de los tipos de interés. No se entiende, entonces, que Banco Santander niegue lo que resulta evidente. Esa expresión, que vincula la procedencia de la permuta financiera de tipos de interés a una tendencia alcista en los tipos de interés (y por ello se pretende proteger al cliente de esas subidas), es la que se contenía igualmente en la ficha del producto que publicitaba Banco Santander y en la presentación del *swap* que se envió por correo electrónico a la Cooperativa actora el 17 de junio de 2008.

El dictamen pericial presentado por la parte actora demuestra que en junio de 2008 las previsiones de evolución del euríbor eran a la baja (páginas 15 a 17, folios 916 a 918), incluso en los propios documentos publicados por Banco Santander; por tanto, en ningún caso alcistas, único supuesto en que se justificaba la suscripción de un *swap* como el de autos. Con ello queda patente que a la falta de información sobre los riesgos inherentes a un *swap* como el contratado, a que este era inadecuado para un cliente como la Cooperativa actora, cliente minorista que nunca había contratado un *swap*, desconocía sus características y riesgos y carecía de conocimientos y experiencia para tomar por sí esa decisión de contratación, se unía la ausencia de la característica fundamental que, según el propio contrato (y la ficha del producto de Banco Santander), lo justificaba, como era la previsión alcista de tipos de interés. Resulta obvio que las previsiones económicas no son certezas, pero son datos económicos fundamentales que los profesionales del sector, como la banca, tienen en su poder y que en casos como el presente han de compartir con el cliente de acuerdo con los preceptos citados de la LMV; en esos datos se basan las decisiones de

inversión y de actuación que rigen su negocio, y no son libres, desde luego, de ocultarlos a los clientes con los que contratan, cuanto menos de facilitarles información abiertamente falsa, contraria a la realidad, que es lo que ocurrió en el caso presente, en que se condiciona por Banco Santander la concesión del préstamo hipotecario a la suscripción de un *swap*, se indica que este se justifica cuando el escenario previsto es de subidas de tipos de interés y se hace creer al cliente que en junio de 2008 esa es la perspectiva, cuando la realidad es la contraria, se preveían bajadas en los tipos de interés.

La realidad de lo ocurrido conllevó que con esas bajadas (acentuadas por acontecimientos como la quiebra de Lehman Brothers y la crisis económica generalizada) se generasen liquidaciones negativas para el cliente, en el caso presente muy elevadas (hasta el 05.03.2012, 1.331.770,76 euros, Hecho Duodécimo de la demanda), que obviamente no se habrían producido si el banco no hubiera impuesto la suscripción de una permuta financiera de tipos de interés que era inadecuada para el cliente y que en sí misma no se justificaba por la previsión bajista en la evolución de los tipos de interés.

Séptimo.- Ha de mencionarse igualmente el coste de la cancelación anticipada del *swap*, que es uno de los extremos sobre los que la parte actora acusa a los bancos demandados de falta de información y que habría incidido en el error en el consentimiento. En el propio contrato se dice que ese coste dependerá de las condiciones de mercado cuando se solicite la cancelación (a "precios de mercado" se calculará, dice el contrato), lo que sitúa al cliente en un desconocimiento total sobre ese coste. Pero no por ello está eximido el banco contratante de informar de forma completa, clara, comprensible y no engañosa (artículos 79 y 79 bis de la LMV) al cliente de un aspecto tan relevante y que puede determinar, por un lado, que continúe vinculado al *swap* ante el elevado coste de cancelación que se le anuncia cuando quiere desvincularse de la permuta financiera, y de resultas de ello, pérdidas añadidas porque se siguen generando liquidaciones negativas para el cliente.

La sentencia de instancia dice al respecto que no hay falta de información por no especificarse ese coste por depender de esas condiciones futuras y que no se ha acreditado que la actora solicitara información adicional al respecto y le fuera negada. Banco Santander

aduce que el coste de cancelación solo puede calcularse cuando se solicita la cancelación, y esta no la ha pedido la Cooperativa actora, haciendo suyo el argumento de la sentencia de que no pidió ninguna explicación sobre este extremo. En la demanda se expone que, a tenor de las comunicaciones recibidas de Banco Santander y de La Caixa en febrero de 2012 y marzo de 2012, respectivamente, el coste total de cancelación del *swap* suponía entonces para la Cooperativa el pago de más de dos millones de euros (2.706.329,80 euros).

No se comparten tales asertos de las demandadas. La obligación de suministrar información sobre el producto es exigible a la entidad bancaria, de acuerdo con los preceptos ya citados de la LMV, sin que puedan invertirse los términos para sostener que el cliente debió solicitar una información que no se le facilitó, pues era legalmente exigible al banco. No puede achacarse el incumplimiento del banco (de los bancos) al cliente que lo sufre ni hacerse a este responsable de las consecuencias de ese incumplimiento.

En la sentencia de esta Sección Novena de 10 de enero de 2014, recurso 130/2013, se declara, y aquí se asume en el caso de autos, en un supuesto sobre nulidad de contrato de *swap* por error que

"tanto la CNMV como el Banco de España han señalado, de acuerdo con lo dispuesto en la LMV, que las obligaciones de información de la entidad financiera deben tender a que el cliente conozca los riesgos reales que la operación supone, entre los que se incluye que la cancelación anticipada del producto tenga un coste elevado, de ahí que deba ofrecer cuadros informativos o simulaciones de cuánto costaría la cancelación en cada escenario posible, posibilidad esta real y de fácil confección para la entidad financiera".

"La sentencia de esta Sección Novena de fecha 21 de febrero de 2013, recurso 248/2012 (y otras posteriores), recoge los criterios que ha mantenido el Servicio de Reclamaciones del Banco de España en supuestos como el de autos (manifestados en las Memorias de los años 2007 y 2008), habiendo destacado que:

"las entidades, antes de formalizar la contratación de estos productos, deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como: (...)

2- "En caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar". A los clientes –continúa- les interesa conocer tanto el método que se utilizará para determinar ese coste de cancelación como una estimación, siquiera aproximada, de dicho coste. Igualmente acompaña a título de ejemplo cómo la entidad podría informar mediante un cuadro que cuantificara, para el porcentaje del nominal del préstamo objeto de cobertura [para el importe nocional de cada swap, en nuestro caso], el importe de la cancelación de la permuta en función de distintos escenarios de tipos de interés y del plazo residual de vigencia del contrato. Estos dos extremos (método o criterio para calcular el coste de la cancelación anticipada y coste estimado) constituyen una "información trascendente" para que los clientes valoren la conveniencia o no de contratar el producto ofrecido."

A continuación señala, y son aplicables plenamente a este caso tales consideraciones:

"Y como se indica en esa misma sentencia, es claro que en el caso de autos no se ofreció al cliente una información como la indicada por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que ha de ser completa y permitir que el cliente conozca los riesgos que asume con el contrato. Interesante resulta destacar cómo ese Servicio de Reclamaciones alude a cuadros informativos con los que la entidad bancaria podría informar cumplidamente de las diversas posibilidades con que se podría encontrar el cliente, según la evolución de los tipos de interés; con tales cuadros, referidos tanto al desarrollo del contrato como al coste de cancelación, sobra el argumento que suelen utilizar las entidades financieras –y lo utiliza la apelante- de que no sabían cómo iban a evolucionar los tipos de interés. Informando de los posibles escenarios, según esa evolución, y cuantificando las cantidades que supondrían –a favor o en contra- del cliente, este quedaría perfectamente informado antes de contratar, y en tal supuesto no podría alegar que no conocía los riesgos que asumía. Esta información se considera exigible de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 7 del artículo 79 bis de la LMV, ya con la redacción vigente en marzo

de 2007. Pero nada de esto se hizo en el caso de autos."

En definitiva, el defecto de información también afectó al coste de la cancelación anticipada del producto, y ello afectó al consentimiento de la parte actora, que se formó inadecuadamente por desconocer un extremo relevante sobre el que debió ser informada.

Octavo.- De acuerdo con lo expuesto, procede estimar el recurso, por cuanto el error sufrido por la Cooperativa al contratar la permuta financiera objeto de este proceso cumple los requisitos exigidos por la jurisprudencia para dar lugar a la anulación del contrato. Tales requisitos se exponen sintéticamente en la STS de 21 de noviembre de 2012, Recurso nº 1729/2010:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta – sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea."

"Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer – además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo – sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato – artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil –. Además el error ha de ser ***esencial****, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa".*

"Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas,

presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos – sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras".

*"El error ha de ser, además de relevante, **excusable**. La jurisprudencia – sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo – exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".*

Más recientemente, la ya citada STS de 20 de enero de 2014 (número 840/2013, recurso número 879/2012), resuelve "*cuál es la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de los deberes previstos en el art. 79 bis LMV en la válida formación del contrato, y en concreto en la posible apreciación de error*", señalando:

*"**11. Jurisprudencia sobre el error vicio**. La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea".*

A continuación aborda la sentencia del Tribunal Supremo las consecuencias que produce en el contrato, por un lado, la infracción de los deberes de información que recaen

sobre la entidad financiera: por otro, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de realizar el test de conveniencia y el test de idoneidad. Todo ello es aplicable al caso presente, en que concurren tales incumplimientos. Dice la referida sentencia:

> *"**12. El deber de información y el error vicio**. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.*
>
> *El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.*
>
> *En nuestro caso el error se aprecia de forma muy clara, en la medida en que ha quedado probado que el cliente minorista que contrata el swap de inflación no recibió esta información y fue al recibir la primera liquidación cuando pasó a ser consciente del riesgo asociado al swap contratado, de tal forma que fue entonces cuando se dirigió a la entidad financiera para que dejara sin efecto esta contratación.*

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, 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.

***13. Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad**. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de*

un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."

La defectuosa e incompleta información proporcionada por Banco Santander,

continuada después por Caixabank, SA cuando se le cedió parte del contrato, a la Cooperativa demandante sobre las características de la permuta financiera que celebró, los riesgos que implicaba y el coste económico que, en definitiva, podría tener que asumir dieron lugar a un error sustancial y excusable de la demandante sobre la realidad del contrato que suscribía. También por no haber cumplido los bancos demandados su obligación de efectuar a la Cooperativa los ya citados test de conveniencia y test de idoneidad. La consecuencia, como se ha expuesto, es la procedencia de anular el contrato por error en el consentimiento de la Cooperativa al celebrarlo (artículos 1.265 y 1.300 del Código civil), con la obligación restitutoria que determina el artículo 1.303 del Código civil ("*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*"), lo que determina que las partes deberán restituirse recíprocamente las cantidades abonadas al amparo del contrato de permuta financiera de tipos de interés objeto de este proceso, más los respectivos intereses legales devengados desde la fecha de cada entrega, sin que sea exigible ninguna cantidad en concepto de cancelación anticipada.

Noveno.- Al estimarse el recurso, no procede hacer imposición de las costas causadas por el mismo (artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Las costas de primera instancia han de imponerse a los bancos demandados (artículo 394.1 de la misma Ley).

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

F A L L A M O S: Estimamos el recurso de apelación presentado por la contra la sentencia dictada con fecha treinta y uno de enero de dos mil trece por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles, revocando la misma y acordando en su lugar:

1º. Estimar la demanda presentada por la contra Banco Santander, SA y contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, en la actualidad Caixabank, SA, declarando nulo por vicio del consentimiento el contrato de

permuta financiera de tipos de interés celebrado entre la indicada Cooperativa y Banco Santander con fecha 23 de junio de 2008.

2°. Como consecuencia de lo anterior, las partes deberán restituirse recíprocamente las cantidades abonadas al amparo del contrato de permuta financiera de tipos de interés objeto de este proceso, más los respectivos intereses legales devengados desde la fecha de cada entrega, sin que sea exigible ninguna cantidad en concepto de cancelación anticipada, condenando a las partes en dicho sentido.

3°. Condenar a las demandadas Banco Santander, SA y Caixabank, SA al pago de las costas causadas en primera instancia.

4°. No hacer imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8° de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación conforme al artículo 477.2.3° de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a interponer ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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