

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimotercera
C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008
Tfno.: 914933911
37007740
N.I.G.: 28.079.42.2-2014/0035429



(01) 30996448792

Recurso de Apelación 864/2016

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 49 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 288/2014

APELANTE::

PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

APELADO:: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

CAIXABANK SA.

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA N° 232/2017

TRIBUNAL QUE LO DICTA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Dña. Mª CARMEN ROYO JIMÉNEZ

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

En Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diecisiete. 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 incumplimiento de contrato, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 49 de los Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante

, representado por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín y asistido del Letrado D. Fernando Zunzunegui Pastor, y de otra, como demandados-apelados BANCO DE SANTANDER, S.A.,

representado por el Procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido del Letrado D. José Miguel Fatás Monforte; CAIXABANK S.A. representado por el Procurador D. Miguel-Ángel Montero Reiter y asistido del Letrado Francesc Torres Vallespí.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 49, de Madrid, en fecha veintiuno de enero de dos mil dieciséis, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: **DESESTIMO** la demanda interpuesta por el procurador D. ERNESTO GARCÍA LOZANO MARTIN en nombre y representación de

contra BANCO SANTANDER SA y CAIXABANK SA , y, en su virtud debo declarar no proceder la pretensión solicitada por la parte actora, con imposición de costas del presente procedimiento a la demandante."

En fecha 18 de marzo de 2016, se dictó auto aclaratorio, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**DISPONGO:** Que debía aclarar la Sentencia de fecha 21/01/2016 y responder al escrito presentado en fecha 29 de enero de 2016 por el Procurador DON ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN en nombre y representación de

, en el sentido recogido en esta resolución."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, del cual se dio traslado a

la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **veintiocho de octubre de 2016**, 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 **diecisiete de mayo de dos mil diecisiete**.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de al apelante
se interpone recurso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 49 de Madrid con fecha 21 de enero de 2.016, luego aclarada por Auto de 18 de marzo de 2.016, desestimatoria de la demanda interpuesta por la referida actora, inicialmente contra el Banco de Santander S.A., y luego también, por apreciación de la excepción del litisconsorcio pasivo necesario, contra Caixabank S.A., con base en las alegaciones que luego de expondrán.

SEGUNDO.- Sucintamente en la demanda iniciadora del procedimiento la actora alegaba, que tras la concesión de una parcela por el Ayuntamiento de Moralzarzal para la construcción de un Colegio concertado, buscó financiación,

que finalmente concertó con el Banco de Santander, quien aceptó el mandato de la Cooperativa (comisión mercantil) para asegurar la financiación de la construcción del centro educativo, haciendo una “oferta firme de aseguramiento de financiación”, en la que una de sus condiciones era “suscribir un contrato de cobertura de tipos”, firmando el 29 de febrero de 2.008 con dicha entidad una escritura de préstamo hipotecario por 14.200.000 euros, en la que en la cláusula décima bb) se pactó la obligación de la Cooperativa de suscribir un “contrato de cobertura” frente a la subida de los tipos de interés, cobertura que diseñó unilateralmente el Banco, a pesar de que, ya entonces, conocía que la tendencia de los tipos era a la baja y no al alza, procediendo el 20 de junio de 2.008 a suscribir con la actora un Swap, que el 18 de julio de 2008 cedió parcialmente a la Caixa. Que la demandada Banco de Santander incumplió el contrato de mandato y la Ley del Mercado de Valores al escoger el producto de cobertura, incumpliendo también sus deberes de información tanto precontractual como postcontractual y ocasionando numerosas pérdidas a la actora. Por todo ello interesaba que se declarara:

1º) Que el Banco de Santander había incumplido el contrato de mandato de 2 de noviembre de 2.007 al haber ofrecido a la demandante un producto que no era de cobertura, debiendo resarcirle de los daños y perjuicios mediante la restitución de las liquidaciones cargadas a la actora por aplicación del Swap (por un total de 1.735.131,57 euros), previa compensación de las abonadas por el Banco de Santander o La Caixa, más los intereses legales devengados, debiendo además el Banco de Santander cancelar el Swap, asumiendo los gastos de cancelación, y transfiriendo luego a la Caixa su parte.

2) Subsidiariamente, que se declarara que la demandada había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones como comisionista, e indemnizara a la actora al amparo del art. 1.101 del C.C. los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida ocasionada desde el momento

en que debió avisar a su cliente, en octubre de 2.008, de la cancelación de sus propios Swaps, con las consecuencias antes dichas.

3) Subsidiariamente, que se declarara que el Banco de Santander había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista y prestador de servicios de inversión al haber ofrecido un producto de cobertura, condenando a indemnizar en los perjuicios antes descritos.

4) Subsidiariamente, que se declarara que el Banco de Santander había sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista y prestador de servicios de inversión cuando ofreció el swap después de haber dispuesto del crédito, ocasionando a la actora unas pérdidas de 972.574,05 euros si el Banco de Santander hubiera exigido la contratación del swap una vez se hubiera dispuesto de la totalidad del crédito. En todos los caso con la condena en costas.

La demandada Banco de Santander opuso, también en esencia, que la actora aceptó libremente las condiciones de financiación que le ofreció el Banco de Santander, entre otras estabilizar el coste de los tipos de interés durante la vida del préstamo, por lo que no podía alegar la nulidad del contrato por error. Añadió, que a pesar de que en la demanda se ejercitaban varias acciones, todas ellas tenían como denominador común la supuesta negligencia del Banco en el cumplimiento de sus obligaciones como mandataria, cuando entre ambas partes nunca hubo ninguna relación de mandato o comisión mercantil, sino de pura financiación, como resultaba de los propios términos literales del documento que se titulaba “oferta en firme de aseguramiento de financiación” que mediante una carta dirigió el Banco a la actora, carta que no indicaba en momento alguno, que la demandada se convirtiera en mandataria o comisionista, eso sí, con unas determinadas condiciones dada la cuantía de la operación, condiciones que fueron libremente aceptadas, cuales eran en

concreto estabilizar el coste de la financiación mediante la suscripción de un contrato de cobertura del préstamo que la actora pretendía cuestionar a los seis años de su suscripción. Que la actora, como sociedad Cooperativa, disponía de los suficientes conocimientos para valorar el producto, habiéndole entregado el Acta de entrega de la documentación, la escritura pública del marco de operaciones financieras, la escritura del contrato de línea de liquidez, la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, luego novada, y el documento contractual de préstamo hipotecario, procediendo ambas partes libremente en virtud de lo pactado a suscribir en junio de 2.008 un contrato de permuta financiera o swap a tipo fijo para estabilizar los costes del financiación del préstamo, siendo irrelevante el comportamiento de los tipos de interés dada su finalidad, no siendo en modo alguno un producto especulativo, swap que en el mes de junio de 2.008 cedió en parte a La Caixa. En definitiva, que la demandada había cumplido en todo momento sus obligaciones legales y contractuales, por lo que debía ser desestimada la demanda.

En la Audiencia Previa de 16 de septiembre de 2.014 se acordó estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por la referida demandada, acordándose emplazar a La Caixa para que contestara a la demanda.

La demandada La Caixa, tras proponer la declinatoria por falta de jurisdicción en cuanto al Contrato Marco de operaciones financieras por obrar en el mismo el sometimiento al arbitraje institucional a la que se opuso la actora, siendo rechazada por Auto de 19 de diciembre de 2.014; y luego la nulidad de actuaciones, que igualmente fue rechazada por Auto de 21 de enero de 2.015; contestó a la demanda alegando su falta de legitimación por ser completamente ajena a la contratación, que en todo caso era una simple oferta de financiación, que no mandato, entre la actora y la demandada Banco de Santander, como la misma actora había reconocido; acción completamente

ajena a la de nulidad por error vicio en el consentimiento que se venían ejercitando ante los Tribunales, pues en el presente caso era solo de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del Banco de Santander de la “oferta de financiación y su cobertura”. Añadía, que en todo caso, la pretensión oculta que subyacía en los autos, era la de nulidad del contrato de cobertura, sin motivo para ello, como se desprendía del suplico de la demanda, disfrazándola como una petición indemnizatoria. Concluía diciendo, que de los mismos documentos aportados por la actora, se desprendía que no estábamos ante un contrato de mandato, sino ante una oferta de financiación bajo determinadas condiciones, que fue libremente aceptada por la demandante, y negaba los supuestos incumplimientos que se imputaban al Banco de Santander, por todo lo cual interesaba la desestimación de la demanda.

Se celebró luego el día 5 de mayo de 2.015 nueva audiencia previa, dictándose finalmente la sentencia hoy apelada con fecha 21 de enero de 2.016, que desestimó la demanda.

TERCERO.- En la Previa de las alegaciones de su recurso, la actora apelante, precisa los pronunciamientos que impugna, y relata los antecedentes del pleito y los fundamentos de la sentencia.

En el primero de los motivos impugna el fundamento jurídico quinto de la sentencia, insistiendo en que estamos ante un contrato de mandato incumplido que pasó por las siguientes fases: 1ª) Iniciativa del Colegio para obtener un préstamo; 2º) Estudio de la solicitud por el Banco de Santander; 3º) Oferta del Banco que para el caso de ser aceptada se encargaría de obtener no solo la necesaria financiación sino también la necesaria cobertura para el caso de subida de los tipos de interés; 4º) Aceptación por la actora de la financiación con cobertura; 5ª) Financiación por el mismo Banco, y diseño unilateral de la

cobertura. Añade que en dicho mandato el Banco se comprometió a seleccionar un producto de cobertura, que comercializó sin cumplir las normas de la L.M.V., sin avisar del riesgo que comportaba en el caso de bajada de los tipos como así sucedió; y que además, en contra de lo que afirma la sentencia, se conculca lo dispuesto en el art. 217 de la L.E.C., puesto que corresponde al Banco acreditar el cumplimiento de todas sus obligaciones, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del T.S. Finalmente que no era adecuado el swap en el momento en el que fue suscrito.

En el segundo motivo, impugna los fundamentos quinto y sexto de la sentencia recurrida sobre las consecuencias de la incomparecencia del testigo (representante legal del Colegio en el momento de la suscripción del contrato) propuesto por el Banco de Santander, por entender que al mismo no le son aplicables los efectos del art. 304 de la L.E.C.

En el tercero, impugna el fundamento jurídico sexto sobre la carga de la actora de conocer las condiciones y características del swap, considerando que no es cierto que la actora se dirigiera a una unidad especializada del Banco de Santander porque la financiación se pidió en una sucursal del Banco, siendo este quien la trasladó al área de operaciones estructurales, añadiendo que tampoco lo es, que el Colegio estuviera previamente asesorado, ni que conforme a la normativa vigente tuviera obligación de informarse previamente sobre el producto.

En el cuarto, impugna el fundamento jurídico cuarto. Insiste en que, contrariamente a lo que expone la sentencia, La Caixa no estaba pasivamente legitimada para soportar las consecuencias de un incumplimiento contractual al ser ajena al contrato.

En el quinto y último, denuncia incongruencia omisiva, porque la sentencia no se pronuncia sobre las peticiones subsidiarias de la demanda, a pesar de haberse interesado previamente el complemento de la sentencia, y

además, se pronuncia sobre una petición de acción de nulidad que nunca fue ejercitada.

CUARTO.- Aunque efectivamente, como oponen las apeladas, las acciones ejercitadas por la actora, tanto principal como subsidiariamente, son las de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual del contrato de “Oferta de financiación y su cobertura” (mandato o comisión mercantil, según la actora), que, como opone La Caixa, se sustenta: 1) en haber realizado una oferta inadecuada al perfil de la de la actora; 2) en no ser el swaps suscrito un producto de cobertura; 3) en ser inadecuada la oferta efectuada de acuerdo a las previsiones; 4) en la falta de información en relación con las previsiones del tipo de interés y de las alternativas existentes de productos de cobertura; y 5) en incumplimientos de los deberes postcontractuales; el suplico de la demanda, lo que realmente pretende es la nulidad del contrato de permuta financiera (swaps) con los efectos restitutorios que ello conlleva. De manera que la cuestión a resolver consiste en determinar, si efectivamente estamos ante un contrato, si hubo incumplimientos del mismo, y en último término, para el caso de que se estimara que el contrato no se incumplió, si es posible, invocando otras normas, a tenor de lo suplicado, apreciar en su caso, la procedencia de acoger el suplico de la demanda, en lo que se refiere a la nulidad del contrato de cobertura de financiación con los efectos que ello conlleva.

Respecto de la primera cuestión, debemos partir de los términos en los que aparece redactada la petición de la actora al Banco de Santander que figura como documento nº 3 de la demanda, y que el referido Banco titula ***“Mandato otorgado por a Banco de Santander para el aseguramiento en firme de la financiación ajena necesaria, con estructura Project Finance de un Colegio Concertado en Morálzarza”*** en el que se dice

literalmente: “*Estimados Señores: en relación con el punto de referencia, no es grato trasladarles, en nombre del Banco de Santander S.A., la presente **Oferta en Firme de Aseguramiento de financiación**.....Si como esperamos, resultan aceptables para ustedes los términos y condiciones incorporados en la Oferta, les rogamos nos remitan.....Los términos y condiciones descritos en esta Oferta de Aseguramiento en Firme tienen vigencia.....*” documento al que sigue como adjunto otro de “**Oferta en firme de aseguramiento de financiación**”, en el que se especifican las condiciones de la anterior Oferta, y entre las que destacan, la posibilidad de ceder total o parcialmente el crédito, la necesaria constitución de una hipoteca sobre los activos de la cooperativa que garantice el préstamo, y la obligatoria suscripción de un contrato de cobertura de tipo de interés por al menos el 75% del importe del plazo del préstamo, documentos en los que esencialmente se sustenta la demandante para defender que estamos en presencia de un contrato de mandato o comisión mercantil incumplido, con resultado negativo para sus intereses.

Dispone el art. 1.261 del C.C. que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º) Consentimiento de los contratantes, 2º) Objeto cierto que sea materia del contrato, y 3º) Causa de la obligación que se establezca”, y el art. 1.262 que “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” de manera que resultando indiscutible que la actora aceptó dicha oferta, es claro que se surgió para las partes una relación contractual sea calificada la misma de mandato o comisión mercantil, o de contrato de financiación, prueba de ello es que durante los seis años posteriores a la suscripción del contrato este ha venido funcionando con normalidad. Otra cosa es que la demandada haya incurrido en incumplimiento del referido contrato.

Sin embargo, las apeladas afirman que la actora incurre en cambio de

demanda o mutatio libelli expresamente prohibida por el art. 412 de la L.E.C. cuando pretende la nulidad del contrato de permuta financiera o swap concertado como parte del contrato suscrito entre las partes, lo que necesariamente debería conducir a la desestimación de la demanda, porque la acción ejercitada se sustentó en un incumplimiento contractual de un inexistente contrato de mandato o comisión mercantil. Sin embargo olvidan que declarada la existencia de una relación contractual (que como anticipamos, para nosotros es de “financiación”, comprensiva de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y de un contrato de permuta de tipos de interés o swap), sin desconocer que son varias las posturas jurídicas acerca de lo que compone la causa petendi, recogidas en Sentencias tanto del T.C., como del T.S., este Tribunal viene inclinándose por aquella que entiende que la “causa de pedir” está constituida únicamente por los “hechos alegados que sirven de fundamento a la pretensión que se actúa” (Sentencias por ejemplo del T.C. de 20 de mayo de 1.982 y del T.S. de 27 mayo 1983, 20 diciembre 1983, 31 mayo 1985 y 14 abril 1986), de forma que, tendremos que convenir, que no hay incongruencia alguna y por tanto alteración de la “causa de pedir” o de la “acción ejercitada”, cuando el Tribunal, haciendo uso de sus facultades de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aun cuando no la hubiesen invocado los litigantes, y de los apotegmas "Jura novit curia" y "da mihi factum, et ego tibi dabo ius", resuelve una controversia ajustando su decisión a los hechos expuestos, aunque no se haya ejercitado claramente la acción precisa para ello. Es evidente, en todo caso, que el ofrecimiento a la actora de un producto inapropiado a su perfil minorista y no experta, comporta un claro incumplimiento del encargo de facilitar a la demandante no solo una financiación, sino la garantía de que queda cubierto el riesgo de subida de los tipos de interés pactados en el contrato de préstamo hipotecario mediante la suscripción de un swap que ha sido diseñado unilateralmente por la demandada

Banco de Santander S.A. inadecuado a las características de la actora.

QUINTO.- Partiendo de estas consideraciones y siguiendo lo dicho en la Sentencia de la Sección 10ª 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 en autos figura dicho contrato, es una modalidad negocial desprovistas de regulación normativa, esto es, atípica, 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 “nacional”, 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 se trata de un producto complejo y de riesgo al que le es aplicable la normativa Mifid, y en todo caso la L.M.V. que obliga a la entidad prestamista a suministrar con carácter previo a la contratación una información clara y comprensible al cliente que le permita 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 primer contrato de permuta financiera litigioso, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los

mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: «1.Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]» 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 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. Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. 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 dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (Sentencias de

Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las Sentencias 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 comercial de los contratos suscritos, 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, el deber pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa Información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm.595/2016, de 5 de octubre , ha declarado lo siguiente:«[...]Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil (en nuestro caso una Cooperativa de enseñanza)no

supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias de 22 de octubre y 19 de noviembre de 2.015, 19 de mayo de 2.016, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia de 30 de noviembre de 2.015)». 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. Lo apreciamos en la Sentencia. »En consecuencia, Bankinter debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación, no solo de la naturaleza compleja y de riesgo del producto ofertado (el cliente no podía saber que se trataba de un producto «especulativo», como se afirma en la sentencia recurrida, si no se le informaba de ello, tanto más si se ofertaba como un producto de renta fija), sino también del concreto riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor».

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.

De otra parte el T.S. ha sostenido reiteradamente que la relevancia del incumplimiento del deber de informar sobre los concretos riesgos derivados de la contratación del swap, comporta no solo la nulidad del contrato por apreciación del error vicio, sino también que la vigencia y desenvolvimiento del contrato durante un tiempo, que al principio se corresponde con las

liquidaciones del swap a favor del cliente, no constituye ninguna confirmación del negocio, pues entonces no era consciente del vicio. La confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, lo que no ocurre en este caso”, diciendo concretamente que “Esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de intereses por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. En varias de estas sentencias, la Sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia de 20 de enero de 2014, y de las sentencias de 7 y 8 de julio de 2.014, 26 de febrero de 2.105, entre otras. Por tanto, la sentencia recurrida no es contraria a la corriente jurisprudencial que aprecia la nulidad de los contratos sobre productos complejos de inversión, como es el caso del llamado "swap" de intereses, cuando el incumplimiento por la empresa de inversión de los deberes de información que le impone la normativa reguladora del mercado de inversión ha determinado el error sustancial y excusable del cliente que no es profesional de dicho mercado.”

En el concreto caso de autos, por más que se empeñen las apeladas, Banco de Santander incumplió sus deberes de información a 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 swap el 20 de

junio de 2.008, cuando en el cercano mes de octubre de ese mismo año se inició el descenso de los tipos de interés del euribor, evolución que ya se preveía por las entidades bancarias, 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 al perfil de la cooperativa, el compromiso del banco de obtener no solo financiación para el proyecto de construcción de un Colegio por medio de un préstamo que no se discute, sino de estabilizar los tipos mediante un producto conveniente y destinado a tal fin, la obligación de informar adecuadamente de los posibles riesgos que la firma del swap comportaba, la clara inadecuación del swap para estabilizar las posibles y más que esperadas oscilaciones de los tipos de interés a personas que por el hecho de ser cooperativistas carecían de conocimientos financieros para evaluar en ese momento la bondad del producto, determinan claramente que Banco de Santander 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.

Esta Sala por tanto no está de acuerdo con las conclusiones a las que llega la Juzgadora de instancia cuando dice que no hubo por parte del Banco de Santander incumplimiento contractual alguno, y en consecuencia, manteniendo la vigencia del resto de los contratos suscritos entre las partes (contrato de financiación, contrato de préstamo con garantía hipotecaria, contrato de cesión parcial del préstamo por Banco de Santander a Caixabank, procede acoger el pedimento principal del suplico de la demanda de indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, condenando solamente a Banco de Santander a resarcir a la actora de los daños y perjuicios causados mediante la restitución de las liquidaciones cargadas por aplicación del Swap (por un total de 1.735.131,57 euros), previa compensación de las abonadas por

el Banco de Santander, debiendo además el Banco de Santander abonar a La Caixa las cantidades pagadas por dicha entidad a la actora en su contribución al referido Swap compensadas con las cantidades percibidas por La Caixa y además cancelar dicho producto asumiendo los gastos de cancelación, y transfiriendo luego a la Caixa su parte.

SEXTO.- Una última cuestión, si la legitimación según dispone el art. 10 de la L.E.C. cuando dice que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular", por tanto, de acuerdo con este precepto, en los casos en los que se acciona con base en lo pactado en un contrato, sólo tendrán la condición de parte legítima, en primer lugar, por ser titulares de la relación jurídica, los contratantes y, en su caso, los terceros en favor de los cuales se haya pactado una prestación, y en segundo lugar, por atribuirles legitimación la ley, aunque no sean contratantes, los que ejerciten una acción directa o una acción subrogatoria. Y en el presente caso el contrato se suscribió exclusivamente con el Banco de Santander, por más que dicha entidad conforme a lo pactado cediera luego parte del mismo a la Caixa, es evidente que esta última carece de la necesaria legitimación pasiva para soportar la acción indemnizatoria, sin perjuicio de que en virtud de la cesión Banco de Santander reclame luego a la misma las cantidades indebidamente percibidas con motivo de la indemnización por daños que se obligada a soportar.

SEPTIMO.- Por disposición del art. 394 de la L.E.C. deberán imponerse al Banco de Santander la totalidad de las costas causadas con motivo de la estimación de la demanda, incluidas las causadas con motivo de la indebida inclusión en el procedimiento de La Caixa, sin que por disposición del art. 398

de la misma proceda hacer especial imposición de las causadas por este recurso a ninguna de las partes.

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

III.- FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín en nombre y representación de (Colegio) contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 49 de Madrid con fecha 21 de enero de 2.016, luego aclarada por Auto de 18 de marzo de 2.016, debemos revocarla y la revocamos y en su lugar estimando como estimamos el pedimento principal del suplico de la demanda debemos condena y condenamos solamente al Banco de Santander S.A. a resarcir a la referida actora los daños y perjuicios que le fueron causados mediante la restitución de las liquidaciones cargadas por aplicación del Swap (un total de 1.735.131,57 euros), previa compensación de las cantidades abonadas por el Banco de Santander o por La Caixa, más los intereses legales devengados, debiendo además el Banco de Santander cancelar el Swap, asumiendo los gastos de cancelación, y transfiriendo luego a la Caixa su parte, todo ello con imposición al Banco de Santander S.A. de la totalidad de las costas causadas con motivo de la estimación de la demanda, incluidas las causadas con motivo de la indebida inclusión en el procedimiento de La Caixa, sin que proceda hacer especial imposición de las causadas por este recurso a ninguna de las partes.

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 de 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