

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Undécima
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 -
28035
Tfno.: 914933922
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0081419



(01) 31724340269

Recurso de Apelación 37/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 462/2015

APELANTE: BANKIA SA
PROCURADOR D. FRANCISCO ABAJO ABRIL
APELADO:
PROCURADOR D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:
D. CESÁREO DURO VENTURA
ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D. ANTONIO GARCÍA PAREDES
Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 462/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid a instancia de **BANKIA SA** como parte apelante, representada por el Procurador D. FRANCISCO ABAJO ABRIL contra

como parte apelada, representado por el Procurador D. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 06/10/2017.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. CESÁREO DURO VENTURA

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 06/10/2017, cuyo fallo es del tenor siguiente:

“Que estimando la demanda interpuesto
contra BANKIA S.A. debo declarar y declaro que la demandada ha incumplido el mandato de la actora de fecha 27-10-10, condenando a la demandada a resarcir a la actora los daños y perjuicios causados restituyéndole de las liquidaciones ya cargadas en el momento de la interposición de la demanda en la suma QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (552.650,56€) más las que se hayan podido cargar o generar con posterioridad hasta el vencimiento del producto o, en su caso, en la cantidad que supusiere la cancelación por amortización anticipada, más los intereses legales devengados desde el momento de su cargo hasta la fecha de presentación de la demanda así como los previstos en los artículos 1100 y siguientes del CC y los de la mora procesal del artículo 576 LEC hasta el momento efectivo del pago, con expresa imposición de costas a la parte demandada.”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Mediante la demanda origen del presente procedimiento la actora, , ejercita una acción de reclamación de cantidad como indemnización de daños y perjuicios contra la entidad Bankia S.A.; la demanda se sustenta en un relato fáctico según el cual la actora como cooperativa de docentes obtuvo la concesión de unas parcelas del Ayuntamiento de para la construcción de un colegio, confiando la financiación a Caja de Madrid a la que

otorgó un mandato el 27 de octubre de 2010 para dirigir y estructurar la operación, siendo una de las condiciones de la oferta de la demandada la suscripción de un contrato de cobertura de tipos de interés al menos por el 75% del importe y plazo del crédito, firmándose el contrato marco, el crédito y la confirmación del swap el 30 de diciembre de 2010, antes de haberse dispuesto de un solo euro del crédito por lo que el swap sería especulativo e inadecuado no siendo sino hasta el 11 de diciembre de 2011 cuando se dispone de todos los fondos del crédito, argumentando la parte sobre el producto y sus características en este caso de acuerdo al informe pericial que aporta. Según este relato la demandada habría actuado negligentemente en el cumplimiento del mandato, incurriendo en falta de información suficiente, e incluyendo el producto comisiones implícitas de las que no se informa al cliente y que suponen un incumplimiento contractual de forma que a la fecha de presentación de la demanda la liquidación del swap habría supuesto para la actora unos cargos por importe total de 552.650,56 euros, por lo que se pide la declaración de que la demandada ha incumplido el mandato con condena a restituir las cantidades cargadas y las que se devenguen, con intereses, asumiendo Bankia las liquidaciones futuras o el coste de la cancelación del swap; subsidiariamente se pide la declaración de negligencia de Bankia en el cumplimiento de sus obligaciones, con indemnización por importe de 253.336,48 euros, más las liquidaciones futuras hasta el vencimiento del swap; y subsidiariamente se pide la condena a Bankia a abonar la cantidad de 148.953,36 euros por el concepto de comisiones ilícitas.

La demandada se opuso a la demanda señalando no haber asesorado a la actora ni incumplido obligación alguna, habiendo contratado la permuta de forma libre y consciente, siendo así que la cooperativa estaba promovida por la sociedad que habría promovido un total de veinte colegios gestionando la financiación para ellos, en algún caso con Bankia; se incide en el otorgamiento de un préstamo por importe de más de nueve millones de euros en una negociación que duró meses y en la que la actora tomó la decisión que creyó oportuna, siendo la cobertura de tipos de interés mecanismo para mitigar los riesgos de una eventual subida de los tipos, con adecuada información precontractual, realizándose el test de conveniencia y calificándose a la actora como cliente minorista, siendo adecuado el producto dada la inestabilidad de los tipos de interés en ese momento, solicitando la íntegra desestimación de la demanda.

La juez de instancia dicta sentencia en la que tras reseñar la posición de las partes y determinar los hechos que considera acreditados valora el tipo de producto objeto del proceso y concluye, con valoración de la prueba practicada que la demandada habría

incumplido el contrato, por lo que estima la demanda declarando el incumplimiento de la demandada y condenándola a resarcir a la actora en el importe de las liquidaciones cargadas al tiempo de la interposición de la demanda, más las posteriores hasta el vencimiento del producto o su amortización anticipada.

El recurso que interpone la demandada contra esta resolución se funda, sea ello expuesto en forma resumida a los solos efectos de abordar sus motivos, en la alegación en primer lugar de infracción de los requisitos internos de la sentencia al tener en cuenta la juzgadora cuestiones que nada tendrían que ver con el supuesto enjuiciado al no discutirse la nulidad del contrato, excediendo el fallo el alcance de la acción ejercitada ya que no pueden aplicarse las consecuencias de la nulidad a la acción contractual ejercitada; en segundo lugar se alega el error en la valoración de la prueba con expresa referencia a los documentos aportados que justificarían la adecuada información del producto y sus riesgos, con cumplimiento de la normativa MIFID y sin tener en cuenta el perfil de como gestor de la cooperativa y buen conocedor del producto, siendo suficiente la información sobre el swap y sus efectos sobre la cancelación anticipada, no habiendo asesoramiento y siendo imposible prever la fluctuación de los tipos de interés variable.

La actora se opone al recurso rechazando sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se apoya en la expresión de infracción de los requisitos internos de la sentencia, con alegación de los artículos 216, 217 y 218 como vulnerados, lo que afectaría al principio de justicia rogada, al de carga de la prueba, y a los de exhaustividad, congruencia y motivación de la sentencia.

Ninguno de estos principios habrían sido infringidos por la juez de instancia en su resolución a criterio del tribunal, alegando en verdad en buena medida la parte en este punto cuestiones propias de la valoración de la prueba por discrepar de las conclusiones que alcanza la juzgadora, o por considerar que tales conclusiones eran innecesarias por ajenas al objeto del proceso, lo que como se dice no se comparte.

En cuanto a la motivación la STS, Civil sección 1ª del 08 de abril de 2016, señala a los efectos que ahora nos interesan:

“1.- Tiene declarado la Sala (STS de 4 de marzo de 2014, que el alcance del deber de motivación de las sentencias: no exige analizar todos los aspectos o perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa pero debe contener las argumentaciones decisivas que permitan

conocer la que constituye ratio de la decisión, para, en su caso, impugnarla. que: «En la interpretación del artículo 24 de la Constitución Española - en el que, al fin, se basa el artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - la sentencia del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzo (STC, Sala Segunda , 11/03/2013 STC 56/2013) que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia derivada del artículo 24 CE -además del contenido en el artículo 120, apartado 3, del mismo texto -, en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos, recuerda que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia derivada de dicho precepto - además del contenido en el artículo 120, apartado 3, del mismo texto -, en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos.

Para calificar una sentencia desde el punto de vista de la motivación ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho de los litigantes a ella no les faculta a exigir que sea exhaustiva, en sentido absoluto, ni que alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa - sentencias 165/1.999, de 27 de septiembre , 196/2003, de 27 de octubre , 262/2006, de 11 de noviembre, y 50/2007, de 12 de marzo -, aunque sí que contenga las argumentaciones decisivas que permitan conocer la que constituye " ratio " de la decisión, para, en su caso, impugnarla - sentencias 56/1.987, de 5 de junio , y 218/2.006, de 3 de julio - . »

No estima la Sala que la sentencia infrinja el deber de motivación cuando reseña el objeto del proceso, declara los hechos que considera acreditados, y valora la prueba y alcanza la conclusión condenatoria que se recurre, todo ello con suficiente expresión del razonamiento que la lleva a resolver como lo hace.

Tampoco estimamos que la sentencia sea incongruente.

A estos efectos, el Tribunal Supremo Sala 1ª, en sentencia de fecha 9-12-2010 ha expresado:

"Esta Sala ha reiterado que el deber de congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el petitum (la petición) y la causa petendi (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida (SSTS de 20 de mayo de 2009 y 4 de febrero de 2009, entre las más recientes). A su vez, la incongruencia adquiere relevancia constitucional, infringiendo no sólo los preceptos procesales (artículo 218.1 LEC) sino también el artículo

24 de la Constitución cuando afecta al principio de contradicción si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses (SSTC 34/1985 y 29/1987, entre otras). La delimitación de la cuestión litigiosa viene determinada por la demanda y "por las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito" (STC 41/1989). Aunque la congruencia es compatible con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional *iura novit curia*, ello no legitima para variar sustancialmente la causa petendi (SSTC 88/1992; 95/1993 y 112/1994). Hay incongruencia, en definitiva, cuando en el pronunciamiento judicial se altera el objeto del proceso y se varían los términos en que se planteó el debate procesal, en tanto se vulnera el principio de contradicción y con ello el derecho de defensa."

Y en sentencia de 13-10-2010 el mismo Alto Tribunal señala:

"A) La causa petendi (causa de pedir) es el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda, (STS 7 de noviembre de 2007).

La regla de aportación de parte -introducida en el artículo 216 LEC al hilo de la proclamación del principio de justicia rogada, al que se refiere la rúbrica del precepto- está destinada a precisar a quién corresponde la tarea de presentar los hechos al juicio para delimitar el objeto del mismo y la de procurar su acreditación a través de la actividad probatoria, que según dicho artículo corresponde a las partes (STS 25-06-2009).

El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* (petición) y la causa petendi (causa de pedir) y el fallo de la sentencia (SSTS de 24 de junio de 2005, 28 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005, 1 de febrero de 2006, 24 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2006, entre otras muchas). No impone la obligación de dar respuesta a todos los aspectos suscitados por las partes, ni de enfrentarse a sus puntos de vista, pues basta, como declara la STS de 12 de diciembre de 2005, que se respete en esencia el componente fáctico y jurídico de la acción ejercitada.

B) Según declara la STS 10-12-1996, la calificación del negocio jurídico verificada por las partes no vincula a los tribunales en atención a los principios *iura novit curia* (el Tribunal conoce el Derecho) y *da mihi "factum", dabo tibi ius* (dame el hecho y te daré el Derecho), ya que no están sujetos, en los razonamientos que sirven de motivación al fallo, a

las alegaciones de aquellas, y pueden aplicar normas diferentes de las invocadas e, incluso, otras no citadas (SSTS de 20 de junio de 1991, 17 de marzo de 1992 y 2 de diciembre de 1993), salvo que supongan una alteración de la causa de pedir, o se transforme el problema litigioso en otro distinto del planteado, o cuando se produzca indefensión (SSTS de 16 de junio de 1993 y 22 de abril de 1994)."

En esta reseña jurisprudencial que estimamos necesaria, el Tribunal Supremo Sala 1ª, en sentencia de 6-7-2010, resume:

"Esta Sala tiene declarado en la sentencia número 716/2008, de 9 de julio, que "Los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación, y de contradicción (STS 31 de diciembre de 1999 y las que en ella se citan). De esa forma, el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir, o hechos en que se fundamenta la pretensión deducida, sin que sea lícito al juzgador modificarla ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras (SSTS 25 de abril de 2006; 26 de septiembre de 2007, entre otras)".

Y en sentencia del mismo Tribunal de 18-9-2013:

"...debe señalarse, tal y como declaran, entre otras, las SSTS de 18 de mayo de 2012 (num. 294, 2012), 28 de septiembre de 2012 (num. 545, 2012), 7 de noviembre de 2012 (num. 639, 2012) y 22 de febrero de 2013 (num. 53, 2013) que: "...constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011).

El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia

no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988, y 20 de diciembre de 1989. En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. (STS de 4 de octubre de 1993). En esta línea, y en términos generales, también hay que señalar que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (SSTS de 10 de diciembre de 2004 y 5 de febrero de 2009). Con lo que la incongruencia extra petita (fuera de lo pedido), en relación con el principio de iura novit curia, se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable a la solución del caso comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones (SSTS de 6 de octubre de 1988 y 1 de octubre de 2010)".

Pese al esfuerzo del recurrente en su argumentación no considera la Sala que la juzgadora haya alterado la causa de pedir, abordando y resolviendo en sentido afirmativo la primera de las peticiones del suplico, ni mucho menos que haya modificado los hechos en los que se funda la pretensión, ni tenido en cuenta otros hechos que los alegados por las partes, sin que la alegación de no haberse accionado en solicitud de nulidad del swap contratado suponga impedimento alguno para estas consideraciones toda vez que la sentencia no declara la susodicha nulidad, ni aplica por ello sus consecuencias a tenor del artículo 1303 del CC, por más que razone sobre la falta de adecuada información del producto algo perfectamente exigible desde el momento en el que esta falta de información ha sido ampliamente debatida por las partes y constituye uno de los elementos a considerar para valorar el cumplimiento adecuado del mandato en relación con el producto contratado en un ámbito que la juez sitúa en el del asesoramiento.

En relación con las anteriores consideraciones han de rechazarse igualmente las alegadas infracciones del principio de exhaustividad, que no requiere una mayor o menor extensión del razonamiento, o del de justicia rogada, pues la juez otorga precisamente lo pedido por la actora aun cuando se discrepe de ello.

El principio relativo a la carga de la prueba no ha sido tampoco infringido y tiene relación en realidad con el segundo motivo del recurso atinente a la valoración probatoria de la que discrepa la recurrente, y que es objeto de abordaje en el siguiente fundamento.

TERCERO.- Reiterando ahora lo ya razonado sobre la motivación de la sentencia, es preciso recordar que las facultades del tribunal de apelación se extienden también a una nueva valoración de la prueba y que la misma viene facilitada por el hecho de contar con la grabación íntegra del juicio celebrado en primera instancia, siendo así que en la apelación el tribunal "ad quem" está facultado para realizar una revisión total del juicio de hecho y de derecho efectuado en primera instancia, con la única excepción que comporta el necesario respeto a los principios que rigen el recurso en relación con los solicitados por el recurrente.

La sentencia de esta Sala nº 88/2013, de 22 febrero, afirma que «en nuestro sistema, el juicio de segunda instancia es pleno y ha de realizarse con base en los materiales recogidos en la primera, aunque puede completarse el material probatorio admitiendo -con carácter limitado- ciertas pruebas que no pudieron practicarse en la misma (artículos 460 y 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez inicial. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/2000, de 18 septiembre, afirma lo siguiente: «Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que, en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una 'revisio prioris instantiae', en la que el Tribunal Superior u órgano 'ad quem' tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la 'reformatio in peius', y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ('tantum devolutum quantum appellatum')...».

No apreciamos que la sentencia incurra en error de ningún tipo, ni esté afectada de omisiones relevantes, o incurra en infracción legal.

Es esencial cuestión a dilucidar si se cumplió o no adecuadamente el mandato suscrito en el proyecto financiado por la entidad bancaria en el que la operación se hallaba

especialmente tutelada y garantizada según los criterios de Bankia, y en el que era parte de la obtención de esta financiación el acuerdo no concretado inicialmente de establecer una cobertura de tipos de interés; obviamente el cumplimiento de sus obligaciones por el mandatario no solo dependía de la evolución más o menos favorable de los tipos de interés, algo que puede verse a posteriori con la fuerza de lo acaecido, sino de la información que ofreció sobre el producto diseñado en función de la finalidad perseguida, de los intereses del mandante, y de la búsqueda de su beneficio en función de la previsible evolución del mercado, siendo inevitable que al menos las consecuencias de la decisión adoptada por la entidad sean examinadas en función de sus resultados que por desgracia lejos de asegurar un escenario de protección al cliente han desembocado en una indudable e importante pérdida económica para el mismo. Puede sin duda sostenerse cual hicieron los testigos empleados de la entidad en el acto del juicio, especialmente , que no hay pérdida alguna sino que lo que ocurre es que se abonan los intereses a cierto tipo, cuestión que es así como también lo es que ese tipo es el que decide el Banco en función de sus previsiones, de modo que la apuesta que el derivado supone sobre los tipos de interés, en expresión también utilizada por ese testigo, es una apuesta que hace el cliente por indicación exclusivamente del Banco que es su mandatario en la operación de supuesta cobertura, y una apuesta que resulta muy desfavorable para el cliente por la evolución de los tipos.

Al efecto ha de indicarse que las conclusiones del informe pericial (folios 114 y ss tomo I) son claras al efecto en cuanto a lo inadecuado de firmar el swap antes de la entrega del dinero prestado, lo que sitúa el producto durante un año como meramente especulativo, además de haberse contratado un tipo del 4,12% en un momento en el que el Euribor a seis meses era del 1,23%, ratificando el perito su informe en el acto del juicio y sin que se hayan justificado en modo alguno las previsiones que pudiera manejar Bankia para imponer un tipo en el swap como el referido. Ya el Código Civil hace responder al gestor de negocios ajenos del caso fortuito cuando “acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviere costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio”, artículo 1891 del CC, respondiendo el mandatario no solo del dolo sino también de la culpa.

Es esencial en este punto considerar el alcance del deber de información. En efecto, como ya destacó esta Sala en su sentencia 294/2.012, de 29 de junio (Rollo de Apelación num. 70/2.012), "el deber de información queda tan exacerbado en la legislación del mercado de valores que puede afirmarse que tal comportamiento precontractual por la parte que ocupa una posición preeminente en el mercado, la entidad financiera, no es un mero

deber de actividad sino de resultado, esto es que la entidad debe asegurarse de que el inversor ha comprendido el alcance y la posición de riesgos que asume con el producto. Posicionamiento de la legislación sectorial que tiene una inmediata trascendencia en la doctrina sobre la inexcusabilidad del error, que queda así matizada en gran medida, por no decir que anulada."

Conviene citar en a este respecto la reciente sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Ille Papier Service) que advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap: "El banco debe informar claramente al cliente de que el perfil de riesgo/oportunidades entre los participantes de la apuesta de tipos de interés no es equilibrado... También deberá garantizar, en el caso de un producto tan complejo, que el cliente tenga sustancialmente la misma información y el mismo conocimiento que su banco asesor con respecto al riesgo del negocio, dado que solo así le es posible adoptar una decisión autorresponsable sobre si quiere aceptar la apuesta de tipo de interés que se ofrece... Los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la demandada, como banco asesor, se encuentra en un grave conflicto de intereses".

Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el art. 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso la mercantil actora no hubiera celebrado el contrato de swap de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así finalmente ha sido.

Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada.

Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII enero 2009), y así el art.1298

CC presenta la siguiente redacción: "1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas.³ Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 aborda la cuestión relativa al deber de información en los siguientes términos:

"En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

.....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.

.....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. 79bis. 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).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 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 específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

.....Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, 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).

Lo que sitúa el supuesto que nos ocupa en este ámbito en el que bajo la premisa de condicionarse la financiación a una operación de cobertura precisamente la que diseña el Banco bajo la premisa de su conveniencia al supuesto y fines perseguidos es el swap que bajo desconocidas predicciones implica finalmente un elevado coste para el cliente en exclusivo

La STS, Civil sección 1ª del 29 de diciembre de 2015 sobre la naturaleza de un producto como el que nos ocupa señala:

“.....hemos de partir de la base, como hemos afirmado en otras resoluciones precedentes, de que posiblemente una de las razones por las que los contratos de permuta financiera han adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su

concepción original, ya que la permuta financiera era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre clientes minoristas, fundamentalmente entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. “

Y abunda en la misma resolución en la importancia y alcance del deber de información:

“.....partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro, tanto por la propia dinámica de la operación, como por los costes de su cancelación.

Este estricto deber de información obliga a la entidad financiera, en este caso "Banco Santander", a realizar un juicio de idoneidad del producto, que incluye el contenido del juicio de conveniencia. Y a partir de ahí, suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre el producto, que abarque una advertencia sobre los concretos riesgos que asume, y cerciorarse de que el cliente es capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto es el que más que le conviene

.....No consta una información detallada sobre los riesgos inherentes al coste de cancelación anticipada, más allá de la advertencia genérica: "Las partes podrán acordar la cancelación anticipada del producto; se advierte que la misma se realizará a precios de mercado, lo que podrá suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente".

...

Doctrina esta reiteradamente expuesta y mantenida en posteriores resoluciones; así la reciente STS, Civil sección 1ª del 04 de febrero de 2016:

“Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente 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. Aquí ni siquiera consta que se hiciera un estudio previo de las condiciones económicas y empresariales del cliente para asegurarse de la adecuación de los productos ofrecidos a su perfil inversor. Y antes al contrario, no parece razonable la recomendación de un producto complejo y arriesgado como es el swap (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 -asunto C-604/11, "Genil 48, S.L." y "Comercial Hostalera de Grandes Vinos, S.L.", contra "Bankinter, S.A." y "BBVA, S.A.", y la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª de 20 de enero de 2014), para asociarlo a las posibles fluctuaciones del interés variable de otras operaciones -crédito sindicado y crédito para financiar un pago de impuestos ligado a la operación matriz financiada-, sin advertir de las graves consecuencias patrimoniales que podían derivarse -como de hecho sucedió- en caso de bajada del euríbor. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

...Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable a los primeros contratos de permuta financiera suscritos entre las partes, 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 [...].

..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».

....Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atendremos, 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 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; y 742/2015, de 18 de diciembre).

.....Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, 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 banco prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le

obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión 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.”

Ciertamente estas consideraciones se han hecho en reiteradas ocasiones en relación con la alegación de vicio en el consentimiento por la falta de información y consecuente nulidad del producto contratado, pero nada impide que ello sea también mecanismo propio de la acción ahora ejercitada que opera sobre una misma realidad y unos mismos defectos en la comercialización del swap, razones todas que han de llevar en el presente caso a la confirmación de la sentencia de instancia que declara el incumplimiento del mandato por la entidad bancaria y lleva las consecuencias no solo a la devolución de lo percibido por el producto inadecuado sino a sus consecuencias futuras, algo posible y pedido expresamente en la demanda, al no declararse la resolución del contrato, no pedida ni posible, ni su nulidad no interesada.

CUARTO.- La desestimación del recurso determina la imposición a la apelante de las costas causadas, artículo 398 en relación con el artículo 394 LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por BANKIA S.A., contra la sentencia de fecha seis de octubre de dos mil diecisiete, confirmamos dicha resolución con imposición a la recurrente de las costas causadas.

La desestimación del recurso determina **la pérdida del depósito constituido**, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre,

complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0037-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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