



Roj: **SAP MA 1399/2016 - ECLI: ES:APMA:2016:1399**

Id Cendoj: **29067370052016100330**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **24/06/2016**

Nº de Recurso: **1073/2013**

Nº de Resolución: **323/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **INMACULADA MELERO CLAUDIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 323

AUDIENCIA PROVINCIAL MALAGA

Sección 5ª

PRESIDENTE: ILMO. SR.

D. HIPOLITO HERNANDEZ BAREA

MAGISTRADOS: ILTMAS. SRAS.

Dª. INMACULADA MELERO CLAUDIO

Dª. MARIA TERESA SAEZ MARTINEZ

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZG. Nº 9 DE MALAGA

ROLLO DE APELACION Nº 1073/13

JUICIO Nº 2247/11

En la ciudad de Málaga, a veinticuatro de junio de dos mil dieciséis.

Visto, por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juicio Ordinario nº 2247/11 seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso la Procuradora Doña María Mateo Crossa, en nombre y representación de ARIBAU 33, S.L. y DON Basilio .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 29 de julio de 2013, en el juicio antes dicho, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que **desestimando la demanda** interpuesta por la procuradora Sra. Mateo Crossa en nombre y representación de la mercantil ARIBAU 33, S.L. y D. Basilio , contra la entidad BANKINTER, S.A., representada por el procurador Sr. Ballenilla Ros, **debo absolver y absuelvo** a la parte demandada de las pretensiones que se contenían en su contra en la demanda interpuesta; ello sin imposición de las costas causadas*"

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado la ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 21 de junio de 2016, quedando visto para sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.



Visto, siendo ponente la Iltrma. Sra. Magistrado DOÑA INMACULADA MELERO CLAUDIO quién expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Frente a la resolución pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia Número Nueve de los de Málaga, se alzan los apelantes entidad ARIBAU 33, S.L. y DON Basilio efectuando las siguientes alegaciones:

1º.- Incongruencia omisiva, suponiendo una vulneración del artículo 218 de la LEC : Y ello porque en la demanda rectora del pleito fijó una cuantía, de conformidad con la regla que estimó aplicable, y la parte demandada, en su escrito de contestación, mostró su disconformidad con la misma, citando un importe. La Juzgadora acordó que resolvería la cuestión en sentencia, y sin embargo, dicha cuestión no ha sido resuelta, ni siquiera se cita la misma.

2º.- Error en la valoración de la prueba;

3º.- Alternativamente, infracción de norma del ordenamiento jurídico y jurisprudencia interpretadora, citando al efecto como vulnerado el artículo 1266 del C. Civil .

SEGUNDO.- Son hechos acreditados en el proceso:

1.- La codemandante mercantil ARIBAU 33, S.L., dedicada a la instalación, explotación, mantenimiento y arriendo de negocios de restauración y hostelería, compraventa, importación y exportación de vehículos de todas clases, representada por el otro demandante DON Basilio , suscribió con la demandada el día 19 de junio de 2008, ante notario, una escritura de hipoteca **multidivisa** referenciada al yen japonés, por un importe de 445.000 euros.

2.- El mismo día firmaron la mercantil ARIBAU 33, S.L. (representada por DON Basilio) y demandada, ya sin intervención notarial, un contrato denominado "*contrato de gestión de riesgos financieros Clip Bankinter EXTRA 08 2*".

3.- Entre las condiciones generales del Clip aparecen las siguientes:

Expositivo I: "*Que el Cliente por razón de su actividad mercantil se ve expuesto a una serie de riesgos financieros diversos cuya gestión pretende optimizar. Para ello, y con el objeto de establecer un marco general que le permita gestionar la totalidad o una parte de ese riesgo financiero, el cliente pretende firmar con el BANCO el presente CONTRATO MARCO DE GESTION DE RIESGOS FINANCIEROS*".

Expositivo II: "*EL CLIENTE conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente CONTRATO*".

Condición 3ª: "*El producto de Gestión del Riesgo implicará que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones, que generarán un resultado positivo o negativo para el CLIENTE. En las Condiciones Particulares de cada Producto se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo. En cada una de dichas liquidaciones, se producirá un único apunte en la cuenta de liquidación del CLIENTE correspondiente al neto entre el cargo por la parte a pagar por el Cliente y el abono por la parte a pagar por el BANCO, de tal modo que el resultado neto será el que resulte de la aplicación de la fórmula de Gestión del Riesgo que se haya pactado en las correspondientes condiciones particulares*".

Condición 6ª: "*Una vez firmadas las condiciones particulares, y transcurrido el período de comercialización, de tal modo que el producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el Cliente podrá cancelar anticipadamente un producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas ventanas de cancelación. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinada por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente. No obstante, si el cliente solicitara la cancelación anticipada del producto en una fecha no incluida entre las ventanas de cancelación, el resultado económico de la misma que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al banco y que éste podrá repercutirle (...) En los casos descritos en esta cláusula, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del Cliente, en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución*".

Entre las condiciones particulares figuran las que siguen: "Periodicidad de las liquidaciones: Trimestrales, los días 25 de los meses de septiembre, diciembre, marzo y junio de cada año de vigencia del producto. En caso



de que alguno de estos días se declarara como inhábil, se realizará la liquidación el día hábil inmediatamente posterior. La primera liquidación será el 25 de septiembre de 2008 y la última el 27 de diciembre de 2011.

En la cuenta asociada se producirá una única liquidación en cada período, resultante del neto de los dos siguientes conceptos:

- Cliente paga: Primer período (Trimestre 1 a 4): 4,75 si Euribor 3 (*) meses es inferior o igual 5,25%. Segundo período (Trimestres 5 a 14): 4,55% si Euribor 3 meses (*) es menor o igual al 5,25%; 4,75% si Euribor 3 meses (*) es superior al 4,75% e inferior o igual al 5,25%; o (Euribor 3 meses (*) -0,10%) si Euribor 3 meses (+) es superior al 5,25%.

- Cliente recibe: Trimestralmente (1 al 14): Euribor 3 meses (*)." "

" *Ventanas de cancelación: El cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto en cualquier momento durante la vigencia del mismo. A tal efecto, Bankinter ofrecerá al cliente una ventana de cancelación los días 15 de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año de vigencia del producto, comenzando el 15 de octubre de 2008 y finalizando el 15 de julio de 2011. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de estas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto.*

En la cláusula 5ª de las condiciones generales se estipula: " *No obstante lo dispuesto en la cláusula anterior, el CLIENTE reconoce el derecho del BANCO durante toda la vigencia del período de comercialización y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el Mercado que, a juicio del BANCO, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta de los Productos de revocar esta última respecto de todos o alguno de esos Productos, si bien en este caso el banco ofrecerá a los clientes un producto alternativo y de características similares al que se les ofreció inicialmente, EL CLIENTE podrá aceptar la propuesta alternativa o resolver el presente contrato marco.*

Lo mismo se repite en las condiciones particulares destacado en negrita.

4.- DON Basilio suscribió otro contrato idéntico, si bien en su propio nombre y derecho.

TERCERO .- Un renovado examen de las actuaciones y el visionado del soporte audiovisual conducen a la Sala a estimar que el recurso de apelación debe tener favorable acogida.

El primer motivo de impugnación articulado en el recurso de apelación es el referido a la incongruencia omisiva, denunciando los apelantes que la resolución impugnada no resuelve sobre el tema de la cuantía del presente pleito, entendiendo que la cuestión no es baladí, a efectos de tasas y costas, pues por vía de resoluciones posteriores puede ser necesaria en el futuro su determinación judicial.

Hay que recordar que la incongruencia omisiva denunciada pudo ser salvada mediante auto de aclaración que lo complementara, al amparo de lo dispuesto en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que señala que " *si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que se resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.* Se trata de un instrumento que se ha introducido en la nueva regulación, con la finalidad según se señala en la exposición de motivos, de subsanar rápidamente, de oficio o a instancia de partes, las manifiestas omisiones de pronunciamientos, complementado las sentencias o los autos en que, por error, se hayan cometido tales omisiones. Debe tenerse en cuenta pues que, habiendo desaparecido del catálogo del apartado 3º del artículo 240, en el incidente de nulidad de actuaciones " *la incongruencia del fallo*", la incongruencia tiene su propio tratamiento procesal; en concreto, la incongruencia omisiva ha de ser denunciada previamente al recurso de apelación (artículo 459 de la LEC) a través de remedio procesal artículo en el artículo 215 de dicho texto legal , cuando se trate de una omisión manifiesta de pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, y todo ello con independencia señalar que en términos generales las sentencias absolutorias no puedan ser tachadas de incongruentes por entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales (S.T.S. 24.1.2001 , 20.7.2002 y 31 de 3 y 29.9.2003 , entre otras, múltiples).

No obstante lo expuesto, este Tribunal va a resolver sobre dicha cuestión; la parte recurrente fijó en la demanda rectora de este pleito la cuantía del mismo en la suma de 1.200.000 euros, en virtud de lo establecido en el artículo 251.8ª de la LEC , al versar el juicio sobre la extinción del título obligacional, en relación con las reglas del artículo 252 por acumulación de acciones. Por el contrario la entidad demandada BANKINTER, S.A.



considera que la cuantía que ha de fijarse es la referida al importe de las cantidades efectivamente abonadas por la actora a BANKINTER, S.A. una vez deducidas las recibidas de ésta, es decir, 33.320,90 Euros.

En cualquier caso, la cuantía aparece correctamente establecida en la demanda, atendiendo al importe nominal del contrato. El artículo 251.8ª LEC dispone que en los juicios que versen sobre la existencia, validez o eficacia de un título obligacional, su valor se calculará por el total de lo debido, aunque sea pagadero a plazo. En este caso el importe del contrato es de 1.200.000 euros por lo que a ésta suma ha de estarse. Así lo viene manteniendo el Tribunal Supremo para las demandas sobre nulidad contractual por vicio de consentimiento como la que nos ocupa, entre otros en Autos 391/2011 y 392/2011, ambos de 18 de enero de 2011 declarando que la cuantía será la del precio del contrato, no la de las respectivas indemnizaciones solicitadas o la del quebranto económico argüido por el recurrente.

TERCERO.- Expuesto lo anterior, es preciso hacer una serie de consideraciones generales sobre este tipo de contratos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2015 dice al respecto "..... El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 , regula con mayor detalle esta información a los clientes, y dispone que:

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.

2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

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.

4. Toda información que las entidades, sus empleados representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

«Bajo esta normativa aplicable, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el art. 79 bis con la Ley 47/2007 .

«Los deberes legales de información, en nuestro caso los antes expuestos del R 629/1993, "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)».

Así pues, el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores , en su redacción primitiva, establecía como regla fundamental del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, concretó aún más la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando en su anexo un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí importa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del



Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión " *haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva* " (artículo 5.3). Este Real Decreto fue derogado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros, conocida como Mifid (Markets in Financial Instruments Directive), continuando dicha Ley 47/2007 con el desarrollo normativo de protección del cliente, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis) y reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis, regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda " *tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa*", debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis núm. 3, 4 y 7).

La información precontractual ha de estar en relación con las características del producto. Su novedad o conocimiento generalizado, su complejidad o sencillez, su trascendencia o nimiedad en la economía del cliente, son, sin duda y desde un punto de vista meramente objetivo, factores que requieren una mayor o menor intensidad en la información exigible.

En nuestro caso, los swaps son productos complejos, cuya exacta comprensión requiere un alto nivel de conocimientos de la Ciencia Económica, y son además de implantación novedosa en nuestro país, que han supuesto una tercera vía, en el esquema tradicional de la fijación de la retribución de los préstamos hipotecarios, de los que, hasta la comercialización de las permutas de tipo de interés, sólo se contemplaban o el interés fijo o el interés variable, con alguna modulación, en cuanto a éste, mediante las cláusulas techo y las cláusulas suelo. En todo caso, y esto es lo que aquí se ha de reseñar, suponen un grado mucho más elevado de complejidad, para determinar la conveniencia o no en el supuesto concreto para el cliente.

De ahí que esa información deba ser exhaustiva, hasta el nivel en que el que lo oferta pueda quedar convencido de que el potencial contratante conocía los rasgos básicos de su funcionamiento.

Ello debe incluir la simulación de distintos escenarios de subidas y bajadas del tipo de interés de referencia, con su concreta repercusión en la operación ofertada, incluso hasta el punto en que ese interés referencial fuera sumamente bajo, y debe incluir también la advertencia que, por debajo de determinado nivel, el cliente había de pagar, a veces, cantidades importantes en relación a la propia importancia de la operación, encareciéndola significativamente.

Ese deber de información es también extensible a la cancelación anticipada y a sus costes, pues esa cancelación, que se incluye en el propio clausulado del contrato, es la única salvaguarda que tiene el cliente para evitar la originación de los efectos perjudiciales que le puede suponer una persistente bajada del tipo de referencia.

La muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015 establece en estos términos el contenido del deber de información: " *el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3 ; art. 64 RD 217/2008), para lo que - con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error- se establece un instrumento, el test de idoneidad, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*".

Finalmente, la carga de probar que se ha suministrado la debida información, con el contenido que se acaba de exponer, corresponde a la entidad bancaria. Tal distribución de la carga probatoria no supone la inversión la carga de la prueba sobre el error como vicio del consentimiento. Lo único que se deduce de tal consideración es que a la entidad financiera, en cuanto comercializadora, le corresponde probar haber dado la información en la forma y con el alcance exigido por el Real Decreto 629/1993. Si no consiguiera lograr esa prueba, no por ello automáticamente devendría la del error, cuando sea esta la consecuencia que pretende judicialmente el cliente, pues de aquello no se deduce más que el incumplimiento de una obligación legal, que puede tener o no, al tratarse ya de otro plano, trascendencia en la formación de la voluntad de la otra contratante.



No obstante, si no se prueba la suministración de la información, que no cabe olvidar la posee el Banco y no el cliente, habrá de quedar constatado que éste tuvo ocasión, bien por sus conocimientos bien por el asesoramiento externo que fuera razonable recabar, de alcanzar aquel nivel de información por otros medios, de modo que la formación de su voluntad respondiera a un cabal entendimiento de la operación concertada.

Aun cuando en apariencia el funcionamiento de estos contratos es sencillo, constituye un producto financiero complejo de modo que para su comprensión y correcta valoración, en cuanto a su adecuación a los objetivos de cobertura del cliente, se requiere según el Banco de España una formación financiera claramente superior a la que tiene la clientela bancaria común. Por ello considera que debe ser ofrecido con el soporte informativo necesario, de manera tal que las entidades financieras estén en condiciones de acreditar que, con anterioridad a la formalización de la operación, se ha facilitado al cliente un documento informativo sobre el instrumento de cobertura ofrecido en el que se indiquen sus características principales sin omisiones significativas, considerando en caso contrario que su actuación sería contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y usos financieros. Desde el punto de vista de la transparencia informativa y de las buenas prácticas bancarias, las entidades deben constatar que sus clientes no albergan incertidumbres o dudas de tipo alguno acerca de aspectos tales como el hecho de que, ante determinados escenarios de tipos de interés a la baja las liquidaciones periódicas pueden ser negativas en cuantías ciertamente relevantes, en función del diferencial entre los tipos a pagar y a cobrar, y de que en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajistas, existe la posibilidad de que se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores cuanto mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y a cobrar, para el período residual de la permuta financiera. Jurídicamente, pues, se trata de un contrato de adhesión, sinalagmático, atípico y aleatorio, que se encuentra sometido a las prescripciones de la ley 24/1988 del Mercado de Valores, artículo 2.2, que regula los contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo. Y tras su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE y la Directiva 2006/49/CE, se han de destacar sus artículos 78 y 79 que regulan aspectos tan relevantes como las normas de conducta de la entidad financiera, la clasificación de los clientes en minoristas o profesionales, el deber de diligencia y transparencia y la información clara imparcial y no engañosa.

El artículo 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del Mercado de Valores, dispone que las empresas de servicios de inversión "*clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas*" e "*igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan sus servicios*". El artículo 78 ter regula las operaciones con contrapartes elegibles.

Según el artículo 78 bis "*Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos*". En particular, y conforme al texto legal, tendrán la consideración de cliente profesional, las entidades financieras (i), los Estados y Administraciones regionales (ii), los empresarios que reúnan al menos dos de las siguientes condiciones, que el total de las partidas del activo sean igual o superior a 20 millones de euros, que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros, que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros (iii), los inversores institucionales (iv), los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas (vi).

A contrario sensu, se consideran clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

La actora, a los efectos prevenidos en el artículo 78 bis de la ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como minorista, en la medida en que, ni se ha acreditado que se encuentre entre aquellas a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, ni tampoco queda incluida en las diversas categorías a las que el precepto atribuye la condición de clientes profesionales. Según el apartado 2 del precepto, "*Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos*". Obviamente, no encaja la actora en los incisos a/ (entidades financieras), b/ (organismos públicos) y d/ (otros inversores institucionales) del apartado 3. Tampoco reúne o, al menos, no consta en los autos, dos de las tres condiciones que al efecto exige el inciso c/ del propio apartado (empresarios cuyas totales partidas de activo y pasivo sea igual o superior a 20 millones de euros;



cuya cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros y, cuyos recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros).

Además, debe recordarse que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato.

Por otra parte, las liquidaciones positivas no excluyen la falta de la adecuada información al cliente, sobre todo de las previsiones de bajada del Euribor, información que el banco, por su posición privilegiada, conoce y maneja a su interés, no informando al cliente sobre la posibilidad de cancelación anticipada ante la previsión perjudicial de bajada de los tipos de interés.

CUARTO .- En concreto, respecto al supuesto del presente recurso, hemos de tener en cuenta que " *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 artículos 78 y ss. de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores . 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.

De conformidad a la legislación aplicable, el swap o permuta financiera de tipos de interés se incardina como producto financiero complejo, el artículo 79 bis 8.a) LMV (conforme a la Ley 47/2007) considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de « *general conocimiento* ". Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las: (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Por consiguiente, el swap ha de calificarse como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumple ninguno de los tres referidos requisitos.

Al tratarse de un producto complejo, la información al cliente tiene una especial importancia, y, en concreto, las obligaciones de información vienen reguladas en el artículo 79 bis del que cabe destacar que este deber se ha de mantener en el tiempo " *en todo momento* " (apartado 1), con una información " *imparcial, clara y no engañosa* " (apartado 2), y 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 RD 217/2008, de 15 de febrero, en su artículo 64 regula, con mayor detalle, este deber de información, al disponer: "1. *Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, 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. En la descripción se deberá 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*".

El mismo precepto, su apartado 2, especifica 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".*

Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art 79 bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conlleven 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, de conformidad al nº 7 implica que deberá de solicitarse información sobre sus conocimientos (estudios, profesión, u otras análogas), su experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Lo que se complementa en el RD 217/2008, así el Artículo 73 " Evaluación de la conveniencia" " *A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional".*

El artículo 74 referido a "Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia" se señala " 1. *A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la 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 previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:*

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.*

2. *En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.*

3. *Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta".*

Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al artículo 79 bis.6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el artículo 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 (...).

QUINTO.- La cuestión que se nos plantea es la de establecer si el incumplimiento del deber de información, puede conllevar la anulabilidad de contrato de swap o permuta financiera de tipos de interés, por error en el consentimiento.

A tales efectos, hemos de traer a colación la doctrina jurisprudencial consolidada, que podemos sintetizar con la STS 8 julio 2014 recurso 1256/2012 "A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera con el cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) 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 el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente.

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

En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012)".

SEXTO.- Con base a las pruebas examinadas en las presentes actuaciones no podemos compartir las conclusiones de la sentencia objeto del presente recurso, por cuanto hemos de derivar que no fue la entidad ARIBAU 33, S.L. quien solicitó a BANKINTER la suscripción de los swap de tipo de interés, sino que la iniciativa partió de la entidad financiera, como se desprende del interrogatorio practicado a Don Basilio, que relató al Tribunal como al salir de la Notaria, después de firmar la hipoteca **multidivisa**, compareció allí un empleado de Bankinter, para precisamente ofrecerle el producto, del que le comentaron que era conveniente para él, y que no tendría problema alguno para cancelar porque para eso estaban las ventanas de cancelación; presencia de la entidad bancaria que se hizo a los solos efectos de ofrecer al cliente ese producto, por cuanto no era necesaria la misma ya que a la firma de la hipoteca había concurrido BANKINTER por medio de una mandataria verbal; y así se desprende igualmente de la testifical de Don Pedro, a la sazón comercial de Banca de empresas desde el año 2008, que textualmente relató al Juzgador de instancia que su presencia en la Notaria, aunque no tuviera poderes, era para darle "cariño" al cliente, todo ello con las consecuencias que ello conlleva.

En cuanto a la información precontractual, no se deriva una información adecuada sobre los riesgos inherentes, pues la única prueba referida a la información precontractual es la testifical de los empleados de BANKINTER, pero de su testimonio se deriva que la única explicación vino dada sólo y exclusivamente porque podían



beneficiarse del riesgo de las subidas de interés, reconociendo a mayor abundamiento Don Teodulfo , Director de la oficina de BANKINTER, que no se le había planteado un escenario sobre las ventanas de cancelación, que sí se hizo a posteriori cuando el cliente se interesó por la cancelación.

A su vez, no puede predicarse que el representante de ARIBAU 33, S.L. tuviera conocimientos financieros suficientes para entender los riesgos asociados a los swap suscritos, sin que sea suficiente, que incluso sea administrador de diversas empresas, puesto que como el mismo manifestó su formación es de EGB, y formación profesional de 2 años en la rama de electrónica, y que había " montado" muchas empresas, refiriéndose concretamente a en una de ellas aparecían muchas sucursales porque se trataba de una empresa que instalaba teléfonos en bares y locales, y que la referida a la financiación de créditos hipotecarios, ampliaciones y subrogaciones de hipotecas, préstamos personales, etc, la creó con otro socio en el año 2010, con posterioridad a la suscripción de los swaps.

No consta pues que al suscribir el swap el ahora recurrente tuviera conocimientos suficientes de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, bien porque se le hubiera informado al mismo, o bien porque dentro del ámbito empresarial en el que actuaba tuviera conocimientos financieros.

De igual modo, no puede entenderse suficiente para obviar el deber de información, el que se le ofreciera la posibilidad de contratar un producto de cobertura que le protegiese frente a posibles subidas de tipos de interés, a los efectos del artículo 19 Ley 23/2003 , pues como señala la STS 7 de julio 2014 recurso 1520/2012 *"no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero "*, de igual modo esta misma sentencia señala *" Lo relevante, por tanto, no es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones de EURIBOR, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se concreta en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del instrumento procedente en este caso, que era el test de idoneidad".*

En conclusión con la doctrina jurisprudencial que hemos reseñado, si por la demandada-apelada se incumplió la normativa aplicable, y si no se acredita que el representante de ARIBAU 33, S.L. tuviera conocimientos suficientes de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, hemos de concluir en presumir el error en el consentimiento, y la excusabilidad del mismo.

La anulabilidad que se acuerda conlleva los efectos del artículo 1303 Código Civil , así STS 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 *" y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994 , 12 de noviembre de 1996 , 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales".*

Por lo tanto, procederá acordar que las partes deberán de restituirse mutuamente las prestaciones entregadas en cumplimiento de los contratos suscritos, con sus intereses legales desde el momento en que las mismas se produjeron.

SEPTIMO.- Que al estimarse el recurso de apelación, a tenor de lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hará expresa imposición de las costas procesales originadas en esta alzada; debiendo la parte demandada soportar las causadas en aquella instancia de conformidad con lo establecido en el artículo 394 del mismo texto legal .

FALLO

Se estima el recurso de apelación formulado por la Procuradora Doña Rosa María Mateo Crossa, en nombre y representación de la entidad ARIBAU 33, S.L. y DON Basilio , contra la sentencia dictada en fecha 29 de julio de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de los de Málaga , en los Autos Civiles de Juicio Ordinario nº 2247/11, y en su consecuencia se revoca íntegramente la sentencia, cuyo fallo queda redactado del tenor literal siguiente:



" Se estima íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Doña Rosa María Mateo Crossa, en nombre y representación de DON Basilio y la entidad ARIBAU 33, S.L., contra BANKINTER, S.A., y en su consecuencia:

1º.- Se declara la nulidad de los contratos de gestión de riesgos financieros, denominados CLIP BANKINTER EXTRA 08 2, suscritos con fecha 19 de junio de 2008, por vicio de consentimiento.

2º.- Se condena a BANKINTER, S.A. y estar y pasar por esta declaración.

3º.- Se condena a ambas partes a la recíproca devolución de las prestaciones percibidas, consistente en el recíproco reembolso de las partidas abono y cargo giradas por dichos contratos, a fin de que vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior.

Y todo ello, sin hacer especial imposición de las costas procesales originadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos.

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

PUBLICACION. - Leída y publicada fue la anterior resolución por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública. Doy fe.