

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-42-1-2018-0001677

Procedimiento: Juicio verbal (250.2) [VRB] - 000062/2018-0

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. DE BELLMONT REGODON, VICTOR

Contra: D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a.

### S E N T E N C I A n° 142/19

**JUEZ QUE LA DICTA:** JUAN FRANCISCO GUERRA MORA

**Lugar:** VALENCIA

**Fecha:** seis de junio de dos mil diecinueve

Demandante:

**Abogado:** BELLMONT REGODON, JOSE DE

Procurador: DE BELLMONT REGODON, VICTOR

**Demandado:** BANKINTER SA

Abogado:

Procurador: ;,

Procedimiento: Juicio verbal (250.2) [VRB] - 000062/2018

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por D. se formuló en fecha 10 de enero de 2.018 demanda por la que se solicitaba se declarase la nulidad del Contrato de Intercambio de Tipos (Swap) celebrado entre las partes el 23 de marzo de 2.006, con reintegro a la actora del resultante de compensar los importes abonados en concepto de prima con las liquidaciones positivas que pudieran haberse producido. Petición que efectuaba ejercitando la acción de nulidad contractual aduciendo:

1- Vicio del consentimiento.

2- Incumplimiento de los deberes de conducta e información.

Manteniendo la parte actora que el contrato de permuta financiera en cuestión fue ofrecido a la misma sin informarle de la propia esencia del contrato ni de los riesgos que suponía concertar un producto financiero como el indicado, sobre todo teniendo en cuenta el perfil de la contratante, que carecía de conocimientos suficientes como para poder valorar la trascendencia económica del contrato, al no tratarse de una persona que hiciera contratación de productos financieros de tal tipo. A la vez que se omitían datos importantes como coste final del producto, evolución prevista del Euriboror precio de cancelación. No dando información adecuada sobre los riesgos concretos que llevaba la contratación del producto ni las concretas características del mismo.

Argumentando igualmente que había existido un incumplimiento por parte de BANKINTER de la normativa sectorial en orden a la información de los minoristas que contratan este tipo de productos.

SEGUNDO- BANKINTER se opuso a las pretensiones aducidas por D. , manteniendo que la entidad bancaria dio información cumplida y suficiente para que la parte actora de D. pudiera tener conocimiento de las características del producto que estaba contratando, como de los riesgos inherentes a ese producto concreto.

TERCERO- Por recibido el pleito a prueba por las partes se solicitó y se practicó la prueba considerada pertinente, quedando los autos conclusos para sentencia, habiéndose observado las prescripciones legales en materia de procedimiento.

CUARTO- En base a la prueba practicada se da por probado que:

- 1- En fecha 23 de marzo de 2.006 D. y BANKINTER concertaron un contrato de permuta financiera.
- 2- Tal contrato no fue precedido de una información adecuada por parte de la entidad crediticia sobre los riesgos que suponía para D. la firma del mismo.
- 3- En las relaciones comerciales entabladas entre D. y BANKINTER este último ejercía funciones de asesoramiento.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO- Entablada acción de declaración de nulidad de un contrato de los denominados de cobertura sobre hipoteca, cuyas características no discuten las partes coinciden con las de un SWAP y opuesta la parte demandada haciendo valer la excepción de caducidad, se hace forzoso acudir a la STS de 19 de febrero de 2.018, que abordando el tema de la caducidad en este tipo de contratos nos dice:

“En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo , ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones

variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia."

Por tanto, siendo que el inicio del plazo de caducidad no se produce hasta que el contrato quedara consumado y que el contrato de fecha 23 de marzo de 2.009 aun sigue vigente, es claro que el mismo no se encuentra consumado, no pudiendo declarar su caducidad. No declarándose de igual modo la nulidad del firmado el 11 de julio de 2.008 en la medida que el mismo arrojó un resultado positivo para la actora, por lo que se interpreta la excepción de caducidad en el sentido que el impugnado es solamente el segundo de los firmados, al carecer de sentido que se impugne un contrato con resultado positivo para sus intereses.

SEGUNDO- Formulada por D. I. demanda por a que se solicita la nulidad de un contrato swap (contrato de cobertura sobre hipoteca) suscrito entre las partes, con la devolución de los 2.852,52€ abonados en exceso respecto a lo que se debería haberse abonado caso de no existir tal contrato, lo primero que deberemos hacer de cara a dar respuesta a la solicitud formulada por la actora es identificar realmente qué es lo que está pidiendo, o por ser más claro, que acciones se están ejercitando y por qué motivos. Cuestión ésta que encuentra respuesta en el cuerpo de la demanda al dejarse claro en el mismo que se impugna la eficacia del contrato por error obstativo y por falta de cumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones de conducta e información. Debiendo precisar como la parte actora, al desarrollar las deficiencias de información detectadas, refiere como tales la falta de una información clara de las obligaciones económicas que pudieran desencadenarse sobre la vigencia del contrato o el precio y posibilidades de cancelación, por lo que habrá que entrar a valorar la falta de información sobre el contrato en esa doble vertiente.

Tal y como se ha valorado con anterioridad, el primer motivo de nulidad que se alega la existencia de un vicio del consentimiento derivado de la actuación de la entidad financiera y de los empleados quienes omitieron informar a la entidad actora (dolo pasivo) de las características del producto.

Con relación a la información que el banco ha de transmitir al cliente respecto a los productos y servicios que le ofrece, lo primero que deberemos destacar es como el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la

transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario, como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. Sobre todo cuando nos movemos en el ámbito de los contratos financieros complejos en que la emisión del consentimiento pasa no solamente por la necesidad de conocer las características concretas de un producto financiero, que pueden presentar una estructura compleja, sino también por la necesidad de tener conocimiento de las concretas circunstancias del mercado, en la medida que un mismo contrato en unas condiciones económicas puede ser muy beneficioso para el cliente, mientras que el cambio de una variable económica, que los usuarios bancarios no suelen conocer, puede provocar que unos días después el negocio sea ruinoso. Provocando ello que, en base al principio de buena fe y equilibrio real de prestaciones, el legislador haya optado por la inclusión de unas normas de información al cliente con la que se consiga que el mismo pueda adoptar sus decisiones con un nivel de conocimiento acorde a aquel que se considera necesario para otorgar consentimiento en este tipo de contratos, exigiendo a la entidad financiera, como profesional del mercado y forzosa conocedora de las circunstancias que influyen en la buena finalidad del negocio, que informe a su cliente de aquellas circunstancias que pueden influir en la conveniencia de la firma. Evitando igualmente de este modo la perfección de contratos con intereses contrapuestos entre la entidad financiera y el cliente que puedan ser saldados con resultados de desastrosos para el cliente y beneficios desmesurados para la contraparte en base a la ocultación de concretas circunstancias que hacen que el cliente asuma resultados desastrosos por falta de información veraz cuando la entidad financiera puede gozar de conocimiento de la misma, bien como sabedora de concretas circunstancias o riesgos serios para el cliente.

En este sentido es obligada la cita del 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito 26/1988 de 29 de julio y su desarrollo, como la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, al considerar el Banco de España que los contratos SWAP están incursos dentro del ámbito de aplicación de tal ley (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, artículo 2 L.M .C.). Recordando como tal normativa ha sido desarrollada con el tiempo ampliando la protección del minorista contratante y así si el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal 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 (letras I.A y I.C.), el Real Decreto 629/1993 concretó, aún más, 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 interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo I), 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 cada operación conlleva" (artículo 5.3). Ampliándose posteriormente tal protección mediante la Ley 47/2007 , introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a la vez que introduce en su artículo 79 bis los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre el que se incluye dar cumplida información 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 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, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79, bis núm. 3,4 y 7).

Completándose tal normativa con el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que insiste en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (Artículos 60 y siguientes , en especial 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros). Naturalmente, a la entidad bancaria demandada no le es exigible un deber de fidelidad al actor, como cliente, anteponiendo el interés de éste al suyo o haciéndolo propio, pero sí un mínimo que garantice que va a contratar un producto cuyos riesgos conoce y está preparado para comprender. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones de pago, cada parte velará por el suyo propio pero eso no quita para que pueda y deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual ( artículo 7 del Código Civil ), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que el cliente bancario pueda decidir sobre la perfección del contrato con adecuado y suficiente "conocimiento de causa", como dice el precitado 79 bis de la Ley de Mercado de Valores.

TERCERO - Tales garantías teóricas han sido estudiadas por nuestro más alto tribunal , siendo muestra de la jurisprudencia emanada del mismo su sentencia de STS 26-2-15, la cual, en relación al deber de información aplicable en la comercialización de este tipo de productos, nos dice que:

" CUARTO.- Los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa relativos al alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con

inversores minoristas de productos complejos como el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento, cuando estamos ante un servicio que constituye asesoramiento en materia financiera ( artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L ., C-604/2011 ), llevaron a esta Sala a declarar que 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.

Como se ha declarado en la reciente STS de 10 de septiembre de 2014, rec. nº 2162/2011 (en general para la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales), " el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 ", en la que esta Sala ya dejó dicho que la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo. "

Llamando la atención como la referida sentencia deja claro que, de cara a valorar la formación del consentimiento por parte del cliente suscriptor de un Swap, es necesario que éste reciba una información adecuada y fidedigna sobre el alcance de la operación y los riesgos de la misma, no bastando un mero cumplimiento formal de tal deber de información con apoyo en datos no contrastados, abstractos o discordantes con la realidad. A lo que habrá que añadir una perfecta valoración de los conocimientos que tiene el cliente sobre el particular y por lo tanto las posibilidades que tiene de conocer el contrato en los términos que le son propuestos, eludiendo incluso finalizar el contrato si por el perfil del cliente no hubiera plena certeza que el mismo tenía plena capacidad para asimilar

la información suministrada. Siendo a cargo de la entidad bancaria la carga de probar que tal información fue suministrada, a modo de presunción de ausencia de información. Y es que, como han proclamado nuestras AA.PP, si el banco ostenta su propio interés en el contrato y es el mismo el que efectúa la elección de los tipos de interés aplicables a uno y otro contratante, los períodos de cálculo, las escalas del tipo para cada período configurando el rango aplicable, el referencial variable y el tipo fijo, atendiendo a un previo estudio de mercado y de las previsiones de fluctuación del interés variable (euribor), un principio de actuación conforme a las reglas de la buena fe exige que tales previsiones y cálculos, en cuanto configuran el riesgo propio de la operación y está en directa conexión, deben ser puestos en conocimiento del cliente, so pena de estar ocultando el riesgo de la operación, pues sólo así puede el cliente valorar con conocimiento de causa si la oferta del Banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no su interés.

Es cierto que, no puede exigirse a la entidad bancaria una información de la previsión de futuro del comportamiento de los tipos de interés acertada a ultranza sino, como exponía el citado Decreto de 1993, en el ordinal 3 del artículo 5 del Anexo, se hace necesario transmitir una información "razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" o, como dice el artículo 60.5 del Real Decreto 217/2008, si la información contiene datos sobre resultados futuros, "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos (letra b)". Lo que forzadamente nos lleva a la exigencia del colocador del producto de informar de todos aquellos datos que puedan influir en el riesgo asumido, como previsión objetiva de la evolución del mercado del dinero y posibles salidas y costes ante una evolución desfavorable de la situación, con indicación de posibles pérdidas y penalizaciones, perfectamente concretadas, por desistir del contrato.

CUARTO- De lo expuesto se deduce la existencia de una doble vertiente de la obligación de información a la que se ve afecto el banco, debiendo por una parte informar sobre la propia esencia del contrato y por otra de la trascendencia económica del mismo en relación con las circunstancias existentes o conocidas al momento de la firma. Conllevando lo expuesto que, todo aquello que no sea dar al contratante una información encaminada a tal pleno y objetivo conocimiento de las citadas circunstancias y por lo tanto los riesgos del negocio, será tanto como incumplir el deber de información. Viciándose el consentimiento del cliente si la información no contiene los datos necesarios para que el mismo pueda calcular el riesgo de la operación que está firmando. Pudiéndose producir tal vicio tanto si se le da información incorrecta, como si se le da información sesgada.

Y ello es lo que ha ocurrido en el caso de autos, pues de todos es conocido que en el periodo de contratación se produjeron ciertas turbulencias que dieron lugar a la subida del Euribor y que la misma cambió con una variación de la política monetaria del Banco de Europa, dando lugar a un descenso del tipo de

interés. Bastando tener en cuenta el gráfico de evolución del euribor para comprender que, desde el año 2.008 se ha producido una constante bajada de tal índice de referencia. Siendo ello lógico si atendemos a la existencia de un interés del Banco de Europa de intervenir en los mercados garantizando un tipo de interés bajo.

Tal y como se deduce de la propia contestación a la demanda, lo que subyace detrás del contrato es el interés del banco de garantizarse que si se producía una brutal subida de interés el banco no asumiera riesgos por impagos de los clientes. Debiendo valorar tal iniciativa unilateral del banco en un estado del mercado en que el Euribor era el 4,397 (fecha en que se produce la primera), después de una voluntad demostrada de los entes monetarios de reducir el tipo a interés bajo ante una subida inusual. Situación en la que no se entiende recomendable la recomendación de contratación de un swap, por no ser útil para el cliente, sino solamente para el banco, que con estas operaciones se garantizaba la solvencia para caso de desastre en el mercado.

Información la expuesta la referida a la evolución del tipo de interés no consta fuera comunicado al cliente, pese a que el mismo presentaba una importancia sustancial a la hora de conocer los riesgos que asumía, dejando al mismo sin el conocimiento de aspectos esenciales del contrato.

No se trata que el Banco deba comportarse como una persona altruista, renunciando a cualquier expectativa de negocio, pero sí de exigírsele un comportamiento leal frente a su cliente, que pasa por informar al mismo de los datos importantes para que éste pueda tener conocimiento de lo que está asumiendo. Sobre todo si la posición activa que el mismo ocupa en el mercado hace que solamente él y no su cliente pueda tener conocimiento de las condiciones y riesgos efectivos que concurren a la hora de finalizar un negocio complejo como el presente.

Más en casos como el presente, en que frente a las alegaciones de la parte actora en el sentido que el producto fue sometido a firma sin explicación alguna, la entidad demandada se remite a las condiciones generales, cuando no consta que se produjera una lectura de las mismas ni una explicación comprensible de lo que allí se expresa y el verdadero alcance de los pactos. No constando prueba documental o testifical que acredite que se dio alguna explicación fuera de lo que es la lectura de las condiciones generales, que tampoco consta le fueran entregados con anterioridad.

QUINTO- Tampoco consta que se hubiera pasado el test MIFID en orden a valorar la verdadera capacidad de conocimiento del el test MIFID, cuando tal práctica sería necesaria conforme a la doctrina emanada del TS, que en su auto de 9-9-14, haciendo un resumen sobre la existente en relación con este punto decía:

"... lo que se pretende en el recurso es sostener la suficiencia de la documentación contractual para excluir el error, tesis que no encuentran apoyo en la doctrina de esta Sala, que impone al banco el deber de cerciorarse de que el



cliente no experto conocía bien en qué consistía el swap y los concretos riesgos asociados a este producto, en una línea ya marcada por la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011 , en la que se declaró que la obligación de información es una obligación activa y no de mera disponibilidad ( AATS de 6 de mayo de 2015, rec. 2642/2012 , y 24 de junio de 2015, rec. 2656/2012 , entre los más recientes).  
"

Dejando claro que en base tanto a la normativa MIFID como en la anterior, era necesario efectuar una previa valoración del cliente, que tras la directiva se plasmó en la necesidad de pasar el test MIFID, que en el caso de autos no se pasó.

SEXTO- Sea como fuere el caso es que de la prueba practicada no hay indicio alguno para poder asegurar que por parte de la entidad bancaria se dio una información que pudiera dar conocimiento a la firmante de los riesgos que se estaban asumiendo con la firma del contrato, creando una imagen incierta sobre las obligaciones que estaba sumiendo y que forzosamente iba a influir sobre su voluntad de aceptación.

Voluntad de aceptación que afectaría tanto a la estructura y esencia del contrato , al deber dar por probada la afirmación de la demandada en virtud de la cual no se le dio información sobre la trascendencia económica del contrato, como de las condiciones y gravamen en que podría llevarse a cabo la cancelación del contrato.

Por lo que hace referencia a la propia esencia del contrato habrá que recordar como la parte actora manifestó que tuvo conocimiento de su existencia cuando compareció a firmar el contrato de préstamo, sin que por parte de la demandada se haya conseguido acreditar la existencia de negociaciones específicas anteriores ni explicación alguna que pudiera hacer pensar que los firmantes conocieron la esencia del contrato que se le pasó a la firma con el de préstamo. Debiendo jugar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta en el sentido que la falta de prueba sobre la información perjudicaría a la entidad bancaria como operador económico obligado a darla.

Valoraciones las expuestas que son suficientes para concluir que BANKINTER no dio información suficiente para que la actora pudiera tener un conocimiento adecuado del producto que se le sometía a contratación. A lo que habría que sumar las manifestaciones referidas por el actor en el sentido que lo único que se le dijo es que era algo parecido a un seguro, sin informarle de las obligaciones económicas, introduciendo así un elemento de información que, por la inexistencia de cargas añadidas se considera eficiente para la decisión de firmar un contrato con desconocimiento de las efectivas consecuencias económicas del mismo.

Siendo igualmente relevante el tema de la información sobre la vigencia de contrato, pues si se informa al cliente en el sentido que se trata de un seguro con el que protegerle de las subidas de los tipos de interés en ese préstamo en concreto, se está creando en el mismo la confianza de que la vida de uno y otro van ligados, de manera que si se cancelara anticipadamente el préstamo al que se vinculaba automáticamente quedaría cancelado el SWAP.

SÉPTIMO- Más claro aparece todavía la existencia de un vicio de consentimiento en relación con la cláusula de cancelación anticipada, por desconocer el firmante el alcance de aplicación de la misma y el precio de su aplicación. Para lo cual nos remitiremos a la STS de 15 de septiembre de 2.015, que en relación a la valoración del vicio del conocimiento respecto a la cláusula de cancelación anticipada dice:

“ Cuando un contrato de las características del Swap , que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap , cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume”.

Argumentando con posterioridad que la mera falta de información sobre la cuantía a la que ascendería la cancelación no conlleva automáticamente la nulidad del contrato, dependiendo ello de las posibilidades de representación que tuviera el cliente sobre la onerosidad de la misma.

Ello trasladado al caso de autos nos lleva a valorar como la propia redacción del contrato, totalmente ineinteligible para un profano y la acreditada falta de información en relación a la necesidad o conveniencia del mismo hace necesario aceptar la existencia de un error sustancial, motivado principalmente por no informar al cliente sobre la conveniencia de tal contrato y específicamente qué podría ganar o perder con la firma del mismo.

Error que según la STS de 15 de septiembre de 2.015 sería inexcusable cuando, como es el caso, la entidad bancaria no informa de forma clara y comprensiva en el contrato sobre el coste de cancelación, ni tampoco lo hace por otros medios antes de la contratación, como ha quedado acreditado por los razonamientos efectuados con anterioridad.

Llevando todo lo expuesto a aceptar la existencia de una nulidad del contrato SWAP por vicio del consentimiento que conlleva su nulidad.

OCTAVO- Se alega por otra parte la existencia de una indebida información a la hora de contratar el producto, lo cual chocaría con las obligaciones legales impuestas a la entidad bancaria en la contratación de este tipo de productos. Ante ello lo primero que deberemos plantearnos es si ha existido un incumplimiento por parte de la entidad financiera sobre su obligación de someter a la parte a los test de idoneidad o conveniencia. Debiendo dar por reproducido lo ya argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores sobre la necesidad de pasar el test como sobre el reconocimiento de la parte demandada de no haber sometido al cliente a test alguno y los efectos que de ello deben derivarse, tanto a nivel sustantivo como de carga de la prueba.

Pero, es que, aunque se hubiera pasado a la parte actora el test de conveniencia antes de la firma del contrato, la conclusión debería ser idéntica, en la medida que, coincidiendo con la manifestado en numerosas ocasiones por la CNMV, las funciones que estaría desarrollando la entidad bancaria respecto a \*a serían de asesoramiento y no solo de venta de producto, por lo que no bastaría con pasar al cliente el test de conveniencia, siendo necesario pasar el test de idoneidad, lo cual no se hizo. Siendo forzoso citar en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014, que haciéndose eco en la doctrina del TJUE sobre el particular nos dice:

" Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S. L. (C-604/2011), "la 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 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 de la 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)". Y, efectivamente, el propio MANUAL prevé la intervención del Banco en el proceso de toma de decisión sobre la inversión, a medio de un servicio de asesoramiento, consistente en la formulación de recomendaciones personalizadas sobre Productos Financieros a clientes.

Y puesto que la realidad es que se ha firmado un contrato SWAP por la parte actora sin haber sido solicitado directamente por la misma, nos encontraríamos ante una función de asesoramiento que habría desencadenado la necesidad de someter al cliente a un test de idoneidad.

Sea como fuere el caso es que la entidad financiera debió someter a su cliente a un test exploratorio de su conocimiento financiero y no lo hizo, incumpliendo flagrantemente la normativa europea existente sobre el particular

NOVENO- La simple infracción de los deberes fijados por la normativa MIFID puede llevar aneja la declaración de nulidad del producto contratado. Conclusión que ya ha sido reconocida por la AP de Valencia en su sentencia de 30 noviembre del 2.011, la cual, en relación a la omisión de la obligación de pasar el test MIFID y demás obligaciones de información impuesta por la normativa sectorial, nos dice:

No dispone tal normativa los efectos de la infracción civil de tales deberes pero como esta Sala ya ha reiterado en varias ocasiones precisamente enjuiciando permutas financieras, tal infracción a parte de la posible sanción administrativa, es indudable que, en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté "con conocimiento de causa" exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato. Ello es una cuestión de hecho a resolver en cada caso de acuerdo con las circunstancias concretas a enjuiciar pues la existencia del error invalidante del consentimiento contractual ( art. 1266 código civil ) y no excusable ( STS 23/7/2001 y 23/6/2009 ), es una mera cuestión fáctica a solventar por su propia naturaleza conforme a la probanza practicada ( sentencia Tribunal Supremo 25-2-1995 y 26-2-1998 , entre otros) y es por ello que si bien, existe en la casuística jurisprudencial resoluciones de Audiencias Provinciales que han sancionado por esa razón la nulidad de contratos semejantes al ahora enjuiciado ( SAP Asturias 27/1/2010 y 23/7/2010 , SAP Pontevedra 7/4/2010 y las citadas supra), también otras han dictaminado su validez, ( SAP Madrid, secc. novena, 10/7/2009 y SAP Ávila 9/9/2010 y 27-1-2011 ; SAP Zaragoza (5º) 28-3-2011 ). La solución del supuesto pasa necesariamente por estar para tal efecto a las propias circunstancias que concurren en cada caso.

Pronunciándose en el mismo sentido la SAP de Valencia de 16 nov 2011 cuando dice:

Igualmente se dice por el recurrente que en todo caso su

incumplimiento no debe ser sancionado con la nulidad del contrato pues no viene ello tipificado en la Ley Mercado Valores. Tal infracción, aparte de la posible sanción administrativa conforme al artículo 95 de la citada Ley (por cierto, calificada de muy grave y sin perjuicio de las responsabilidades penales, artículo 96), es indudable que, en cuanto signifique omisión del deber informativo consecuente con que el cliente no esté "con conocimiento de causa" exigido legalmente para tomar la decisión en el campo del mercado de valores, puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, al no saber o comprender el suscriptor la causa del negocio y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad del contrato.

Pues bien, no consta como certeramente sienta la sentencia recurrida que Banco Santander cumpliera esa obligación legal y es evidente que la carga probatoria de su correcta realización a tal parte incumbe conforme al artículo 217 de la Ley Enjuiciamiento Civil, tanto por ser dicha parte contractual la que ostenta ese deber profesional como porque para la parte contraria justificar su no cumplimiento es harto difícil. No se ha aportado test alguno, el representante de la actora niega su realización y llamativa es la evidente contradicción declarativa entre la directora de la sucursal (Sra. ) imputando al testigo (interventor, Sr. ) su realización cuando éste negó haberlo practicado, por lo que la alegación en el acto del juicio por ambos de que se había extraviado, ante la previa contradicción, carece de cualquier consistencia crediticia. En tal tesitura, la conclusión es patente, la entidad demandante se aventura a efectuar un negocio financiero complejo con una entidad sin evaluar los conocimientos y experiencia financiera de la misma y por ende si dicho cliente comprendía el contenido, alcance y riesgos de la operación a efectuar.

Aceptando por tanto que la omisión de tal deber, si bien no constituye por si una infracción que conlleve como efecto directo la nulidad del negocio, sí debe ser interpretado como un dato cualificado para valorar la posible existencia de un vicio del consentimiento. Debiéndose por ello descartar tal incumplimiento como causa de nulidad, a la vez que se integra su incumplimiento dentro del elenco de circunstancias valorables a fin de determinar la posible concurrencia de un vicio del consentimiento, los cuales se han declarado concurrentes en el caso de autos, por lo que hay que concluir que se ha producido una infracción del deber de información que ha conllevado la existencia de un error en el contrato que anula el mismo.

DÉCIMO- En relación a los efectos de la declaración de nulidad, hacer remisión al art. 1303 del Código Civil, el cual dispone que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Debiendo ser interpretado tal mandato por la jurisprudencia del TS, entre las que se destaca la sentencia de 24 septiembre 2008, la cual nos dice que: .

"Esta línea jurisprudencial ha declarado que el régimen jurídico que establece el art. 1303 del Código Civil, que configura una suerte de *condictio indebiti* y mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (sentencias de 26 julio 2000 y 13 diciembre 2005) nace de la ley y no necesita petición expresa (sentencias de 24 febrero 1992, 20 junio 2001, 11 febrero 2003, etc.) por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio *iura novit curia* por no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo pedido (sentencias del Tribunal Supremo de 22 noviembre 1983, 24 febrero 1992 y 13 diciembre 2005)".

Derivándose de ello que los efectos inherentes a la declaración de ineficacia de los contratos de SWAP que nos ocupan serán la obligación de hacer reintegro mutuo de prestaciones. En este caso la liquidación efectuada por la parte actora se fundamenta en una compensación entre las cantidades percibidas y las cantidades abonadas, con lo que se cumpliría la finalidad pretendida por el precepto transcrito, debiendo fijar el importe debido en 2.852,52€

DUODÉCIMO- Conforme al artículo 394 del Código Civil, siendo estimada la demanda formulada por la parte actora, procede imponer a la demandada el pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

### FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D. \_\_\_\_\_ )  
contra BANKINTER, declarando la nulidad del  
Contrato de Intercambio de Tipos celebrados entre las partes  
el 23 de marzo de 2.006, con reintegro a la actora de los  
2.852,52€ entregados en exceso a fecha de liquidación de  
septiembre de 2.017, más los intereses legales generados por  
las entregas realizadas por la actora menos los intereses de  
las liquidaciones positivas recibidas. Todo ello sin perjuicio  
de la liquidación que deba producirse por las cantidades  
entregadas o recibidas desde septiembre de 2.017.  
El presente pronunciamiento se hace con expresa imposición de  
costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que de conformidad con el artículo 455-1 de la LEC, contra esta sentencia no cabe recurso alguno por ser de cuantía inferior a 3.000 euros.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.