



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 59 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914930869,914930870

Fax: 914930831

42020312

NIG:

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 545/2019

Materia: Condiciones gen. contratos financiación con garantías reales inmobiliarias
prestatario persona física

NEGOCIADO 5

Demandante:

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Demandado: BANKINTER, SA

PROCURADOR D./Dña.

Dña. EUSEBIA MARTIN CUESTA LETRADO/A DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA
DEL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 59 DE MADRID, DOY FE Y TESTIMONIO
de que en el Procedimiento Ordinario 545/2019, que se tramita en este Juzgado a
instancias de frente a BANKINTER, SA, sobre
Condiciones gen. contratos financiación con garantías reales inmobiliarias prestatario
persona física, se ha dictado con esta fecha resolución del tenor literal siguiente:

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 59 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914930869,914930870

Fax: 914930831

42020310

NIG:

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 545/2019

Materia: Condiciones gen. contratos financiación con garantías reales inmobiliarias
prestatario persona física

NEGOCIADO 5

Demandante:

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS MENDIOLA OLARTE

Demandado: BANKINTER, SA

PROCURADOR D./Dña.

En Madrid, a 27 de octubre de 2020

VISTAS y OIDAS las presentes actuaciones por la Sra. D^a MARÍA VICTORIA
BALSEIRO DIÉGUEZ, Magistrada-Juez de Primera Instancia del Juzgado nº
Cincuenta y Nueve de Madrid y su Partido, ha pronunciado EN NOMBRE DE S.M.
EL REY la siguiente



SENTENCIA Nº 190/2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de abril de 2019 se presentó en Decanato por el Procurador Sra. MENDIOLA OLARTE en representación de _____ demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad frente a BANKINTER S.A., repartida a este Juzgado, en la que, expuestos los hechos y fundamentos que consideró de aplicación al caso, finalizaba con la súplica dirigida al Juzgado de que tras los trámites de rigor:

1º.- Declarare que BANKINTER ha incumplido sus obligaciones de información previa, destacando los riesgos, diligencia, transparencia y lealtad, dando lugar a un inadecuado asesoramiento en materia de inversión respecto del CLIP BANKINTER PERMUTA FINANCIERA acompañados como documento nº 1.

2º.- Condenare a indemnizar daños y perjuicios por importe de 12.672'27 euros a su mandante, al amparo del artículo 1.101 del CC, por ser la mitad del saldo negativo cargado en la cuenta asociada por las liquidaciones del CLIP BANKINTER incorrectamente recomendado, más los correspondientes intereses desde la producción del daño (artículo 1.106 del CC).

3º.- Y condenare al pago de las costas del presente procedimiento.

SEGUNDO.- El Decreto de fecha 3 de septiembre de 2019 admitió a trámite la demanda disponiendo su tramitación por los trámites del juicio ordinario, y, en su consecuencia, acordó dar traslado a la parte demandada, haciéndole entrega de copia de la demanda y documentos acompañados, emplazándola para que dentro de un término de veinte días contestara la demanda, lo que llevó a cabo bajo la representación del Procurador Sra. SEMPERE MENESES mediante escrito sellado el 8 de noviembre de 2019, en el que vino a contestar la demanda, oponiéndose a la misma en base a los hechos y fundamentos que consideró de aplicación, finalizando con la súplica dirigida al Juzgado de que tras los trámites oportunos, dictare sentencia por la que se desestimare íntegramente la demanda presentada por _____ frente a BANKINTER S.A., con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- La diligencia de 21 de noviembre de 2019, teniendo por contestada en tiempo y forma la demanda, dispuso convocar a las partes para la celebración de audiencia previa, que tuvo lugar en fecha 25 de febrero en la Sala de Vistas de este Juzgado en presencia de las representaciones y defensas de ambas partes, y manifestándose que el litigio subsistía entre ellas y no existía disposición de alcanzar un acuerdo, cada una de ellas se ratificó en sus respectivos escritos y pedimentos realizando las consideraciones que consideraron de interés sobre los documentos y dictámenes aportados por la parte contraria, y, habiéndose interesado por ambas el recibimiento del pleito a prueba, el mismo fue acordado, siendo admitida la que se consideró pertinente y útil en los términos que quedaron documentados en acta levantada al efecto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen, con señalamiento para la celebración del acto de la vista.

CUARTO.- El acto del juicio tuvo lugar en el día y hora señalados en la Sala de Vistas de este Juzgado en presencia de las representaciones y defensas de ambas partes y, declarado abierto el acto, se procedió a llevar a cabo la prueba declarada pertinente, consistente, a instancia de la demandante, en interrogatorio de la demandada en la



persona de _____ y, a instancia de la demandada, interrogatorio de la actora en la persona de _____, concluyendo, finalmente, ambas partes sobre el resultado de la prueba practicada, ratificándose en sus respectivos pedimentos, en la forma que quedó documentada en acta levantada al efecto en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión litigiosa.-

Ejercita _____ acción de indemnización de daños y perjuicios frente a la entidad bancaria BANKINTER S.A. relacionada con contrato de intercambio de tipos/cuotas (“Clip BANKINTER”) suscrito con la demandada el 29 de octubre de 2007, alegándose en la demanda que, con ocasión de suscribir en esa misma fecha _____, administrador de la actora, junto con otras sociedad patrimonial denominada _____ contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 600.000 euros a tipo variable Euríbor más 0’70%, con un fijo el primer año del 5’43% y una cuota mensual inicial de 4.162’09 euros, la directora de la entidad en el momento de la firma le pidió el favor de que suscribiera lo que llamó un seguro de interés con la finalidad, según le explicó, de cubrir las posibles subidas de los tipos, firmando este documento por la confianza que tenía con la empleada de la entidad justo antes de firmar la escritura de préstamo, sin que tuviera oportunidad de analizar su contenido, entregándole copia varios días después, sin realizarse ninguna explicación de cómo se producirían las liquidaciones, ni ejemplos prácticos con tipos de interés al alza o a la baja, ni resúmenes históricos de los tipos de interés; sin que nunca se les advirtiera de su carácter especulativo, aleatorio ni de los riesgos de liquidaciones negativas que iban a suponer un pago muy superior al de los intereses, ni sobre el beneficio del 3% que obtendría el banco por la contratación del producto. Se añade que solo las primeras liquidaciones fueron positivas, pero al año de haberse suscrito el producto, desde la sucursal se avisó a _____ de que se haría un cargo de 1.025’10 euros, muy superior a la suma de las liquidaciones positivas, desconociendo el procedimiento para la cancelación del producto, que producía desequilibrio contractual.

Considera, en definitiva, que la demandada ha incurrido en incumplimientos contractuales de asesoramiento, no habiéndose evaluado previamente el perfil inversor del cliente y siendo el producto inadecuado para su perfil, habiéndose llevado liquidaciones con un saldo negativo de 25.344’54 euros; solicitando en el presente procedimiento como indemnización la mitad de dicha cuantía al considerar que la otra mitad correspondería a la otra empresa firmante del documento.

La demandada se ha opuesto a dicha pretensión. Alega previamente la falta de legitimación de la demandante, la prescripción de la acción de indemnización en virtud de lo dispuesto en el artículo 945 del Código de Comercio, y la no posibilidad de interesar indemnización de daños y perjuicios cuando la obligación se ha extinguido. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, manifiesta que el representante de la demandante, quien cuenta con conocimientos financieros suficientes y es administrador solidario de importantes mercantiles dedicadas al sector inmobiliario, entendió y comprendió en todo momento el producto que estaba contratando y sus efectos,



habiendo cumplido BANKINTER con sus deberes de información, no existiendo obligación de asesoramiento. Dice que el contrato de intercambio de cuotas se firmó un año después de la escritura de préstamo hipotecario, no tratándose de una imposición para la concesión de la financiación y partiendo la iniciativa para la contratación de las sociedades contratantes, tras haber sido informadas de los productos de cobertura de los que disponía la entidad bancaria, con la finalidad de estabilizar los costes financieros frente a las fluctuaciones de los tipos de interés que pudieran sufrir en su crédito hipotecario sujeto a un interés variable (EURÍBOR) en un momento en que las previsiones apuntaban que tal índice continuaría subiendo, siendo la bajada de los tipos posterior brusca e inesperada. Considera que el producto explicado al demandante era idóneo y satisfacía sus necesidades, ofreciendo al cliente certeza frente a las variaciones del Euríbor, determinando una suerte de tipo fijo a abonar por la cuota de su crédito hipotecario, habiéndose explicado claramente al actor la posibilidad de que tuviera que pagar una liquidación negativa si los tipos bajaban y de que, en caso de que quisiera cancelar el intercambio anticipadamente, su coste dependería de la fluctuación de los tipos en cada momento, entregándose a los administradores de las sociedades contratantes un anexo explicativo en el que se describían las características básicas del intercambio, no siendo un seguro ni habiéndose comercializado como tal. Manifiesta que la normativa MiFID no resulta de aplicación al contrato objeto del procedimiento en tanto que la misma regula contratos de inversión, de carácter especulativo, y en el caso de auto se trataría de un contrato vinculado a una operación de pasivo a interés variable, que no tiene carácter especulativo por cuanto no se persigue una posible ganancia, sino solo eliminar el riesgo de fluctuación de los tipos de interés y que no se trata de un producto tan complejo como se quiere hacer creer, siendo su finalidad dotar de certeza al cliente de las cantidades que ha de pagar por su préstamo hipotecario convirtiendo las cuotas variables en cuotas fijas, explicándose claramente en sus cláusulas la forma de funcionamiento del contrato, cumpliéndose con ello todos los deberes de diligencia, transparencia e información que incumbían a la entidad financiera en el momento de la formalización del contrato. Añade que la cláusula de cancelación anticipada no es esencial en el contrato y en ella se explica claramente que la cancelación tiene un coste, y que las liquidaciones del intercambio son neutras para el banco, que actúa como intermediario entre una mayorista de coberturas y sus clientes. Finalmente, dice que la actora dio por bueno y válido el contrato de intercambio, al hacer suyas las liquidaciones positivas y abonar las negativas.

SEGUNDO.- Sobre la legitimación de la demandante.-

Con carácter previo, alega la parte demandada en su contestación la falta de legitimación activa por cuanto el contrato de intercambio a que se refiere la demanda fue suscrito, además de por la demandante, por la mercantil
, que no es parte en el presente procedimiento.

La STS núm. 989/2007, de 3 octubre, afirma que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Por su parte, la sentencia núm. 713/2007, de 27 junio, señala que la legitimación "ad causam" «consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTs 31-3-97 y 28-12-01».



En el supuesto de autos, partiendo de la evidencia de que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la demandante reclama en su demanda la devolución solo de la mitad de las consecuencias negativas que considera derivadas de la incorrecta actuación de la demandada con relación a un contrato que, si bien fue suscrito por dos sociedades diferentes, no consta haberse constituido con carácter de solidaridad, lo que conllevaría la aplicación del artículo 1138 del CC, entendiéndose dividido el crédito o la deuda en tantas partes iguales como acreedores o deudores hubiera, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros. Y, en tanto que la reclamación que se efectúa es puramente pecuniaria, ha de considerarse posible la división y, consecuentemente, ha de reconocerse a la sociedad demandante capacidad para reclamar la mitad que le corresponde de conformidad con el precepto mencionado y con lo establecido en el artículo 399 de la LECv., que le otorga la plena propiedad de su parte y de los frutos y utilidades que le correspondan, y ello por cuanto ejercita la acción de indemnización solo con relación a la mitad que el corresponde en el contrato, y en su propio beneficio.

La excepción, en consecuencia, ha de ser desestimada.

TERCERO.- Sobre la cancelación del contrato. Prescripción.-

Señala la demandada que el contrato de swap objeto de autos llegó a su fecha de vencimiento en octubre de 2011, no siendo posible solicitar indemnización de daños y perjuicios cuando la obligación se ha extinguido. Alega, pues la inviabilidad del ejercicio de la acción de nulidad con relación a un contrato ya cancelado y, en consecuencia, extinguido.

Pues bien, sin perjuicio de recordar que la demanda se asienta en el artículo 1.101 del CC, es de adelantar que resulta de aplicación el plazo de prescripción genérico de quince años (cinco tras la Ley 42/15) previsto en el artículo 1964 del CC, que es el aplicado por la jurisprudencia en los supuestos de incumplimientos de los contratos de la clase a la que nos ocupa.

Es de recordar que la STS de 23 de febrero de 2009 señala que "La ausencia de norma específica unida a los cambios producidos por la Ley 24/1.988, del mercado de valores - artículos 62 y siguientes y disposición adicional segunda -en el estatuto de quienes operaban en el mismo y a las funciones que, además de las de fedatarios, desempeñaban los agentes de cambio y bolsa como comisionistas con exclusividad de negociación dentro de la bolsa, convierten al artículo 945 del Código de Comercio en aplicable para la prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes".

Lo decisivo de esta sentencia radica en que circunscribe la aplicación del plazo de tres años del artículo 945 CCOM a los estrictos términos de dicho artículo, esto es, las acciones de responsabilidad contra los profesionales que operan en el mercado de valores, en sustitución de los agentes de cambio y bolsa, incluyendo por tanto a las sociedades de inversión cuando actúen por cuenta de sus clientes. Ello implica que no toda reclamación derivada de un contrato de estas características estará sometida al plazo de tres años, sino sólo las acciones directas de responsabilidad contra la sociedad de inversión en relación a las funciones que estas hayan desempeñado y que sean estrictamente equiparables a las que anteriormente venían desarrollando los agentes de cambio y bolsa. Así entre dichas funciones de los agentes de cambio y bolsa y corredores de comercio, en lo que aquí interesa, desempeñaban la labor de recepción, transmisión y ejecución de órdenes por cuenta de terceros, recibiendo la orden del inversor y ejecutando la voluntad de este sin prestarle asesoramiento alguno cara a la



formación de su voluntad a la hora de escoger el producto y decidir sobre su compra o venta. En lo fundamental por tanto su actuación se circunscribía a la fe pública y la intermediación, en mera calidad de mandatarios o comisionistas con exclusividad de negociación dentro del mercado bursátil, limitándose a ejecutar las órdenes recibidas. Ello no suponía el que estuvieran relevados de toda labor informativa, pues debían poner en conocimiento del cliente las circunstancias que afectasen al buen éxito de la negociación, conforme dispone el art. 260 del Código de Comercio, a la ejecución de la orden emitida por este.

Más dicha tarea informativa es muy distinta a los deberes informativos que incumben a las sociedades de inversión que, previamente a ejecutar la orden de compra de los valores, hayan prestado un servicio de asesoramiento y que por tanto juegan un papel muy relevante a la hora de que el cliente tome la decisión de invertir en unos u otros productos complejos de los que la sociedad les ofrece y recomienda personalmente. Las sociedades de inversión tienen encomendada la prestación de servicios más amplios que los agentes de cambio y bolsa, entre los cuales se hallan la gestión discrecional de carteras, que es una especie del mandato o comisión mercantil en virtud del cual el cliente faculta a la empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta, discretionales en consecuencia, pero respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor, al que periódicamente ha de comunicarse el resultado de la gestión. Y también desempeñan funciones de asesoramiento en materia de inversión, que el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE (MiFID I), definía 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». El art. 52 Directiva 2006/73/CE precisaba que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)». La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil, en su apartado 53 señalaba que «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». En el mismo sentido el art. 140 LMV, tras su modificación por el RD-ley 14/2018, de 28 de septiembre, recuerda que no se considerará que constituya asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros o las recomendaciones que se divulguen exclusivamente al público

Lo relevante, por tanto, a los efectos que aquí nos interesan es el contenido de la actividad desarrollada por la empresa de inversión. Si el servicio es de asesoramiento, basado en la confianza, ello comporta para la sociedad que lo presta y ofrece y/o recomienda un determinado producto al cliente, una serie de obligaciones informativas legales y contractuales, de medios y no de resultado, que caso de ser desatendidas comportaran el que incurra en la correspondiente responsabilidad contractual. No parece por tanto factible aplicar un mismo plazo de prescripción, el de los 3 años contemplado en el art. 945 CCom, a dos relaciones contractuales (las contraídas por una parte con los agentes de cambio y bolsa y por otra con las sociedades de inversión que presten servicios de asesoramiento) con un contenido obligacional distinto. Resulta más adecuado aplicar restrictivamente dicho precepto y por tanto acudir al plazo general del art. 1964 CC cuando lo que se enjuicie, como sucede en el presente caso que nos ocupa, sea la exigencia de responsabilidad del asesor en materia de inversión que, por supuestamente no evaluar o evaluar incorrectamente y no informar debida y adecuadamente al cliente, propicie el que este contrate un producto inadecuado y ello le ocasione un daño patrimonial.



En el presente caso la entidad demandada no se limitó a ejecutar una orden de compra emitida por la cliente. Le ofreció el producto y le prestó un servicio de asesoramiento o recomendación personalizada como consecuencia de la larga relación que entre ambas mantenían. Previamente a esta contratación la demandante ningún producto financiero similar al que nos ocupa o complejo había contratado, ni consta que por sus estudios o desempeño profesional poseyera conocimiento alguno en esta materia o experiencia inversora. En consecuencia, ha de considerarse que no se encuentra prescrita la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios ejercitada, dado que le resulta aplicable el plazo prescriptivo de 15 años contemplado en su anterior redacción por el art. 1964 CC que no había transcurrido a la fecha de interposición de la demanda, y más tomando en consideración la interrupción que de dicho plazo ni siquiera tomando como dies a quo del mismo la fecha en que se suscribió la orden de compra del producto, y más tomando en consideración el reconocimiento de un requerimiento remitido en el año 2010.

Dicho lo anterior, es evidente que la cancelación del contrato no es óbice para evitar un pronunciamiento de responsabilidad, y las consecuencias económicas que ello derive, siempre que tal acción sea ejercitada dentro del término de prescripción legalmente establecido.

CUARTO- Naturaleza y características del contrato.—

La creciente complejidad de los mercados financieros ha llevado al desarrollo de herramientas que permitan controlar los riesgos inherentes a dichas operaciones, y que se han convertido en un sistema paralelo a las rutinas convencionales que venían utilizándose tradicionalmente. Estos sistemas de control de riesgo, que ofrecen variedad de denominaciones, modalidades y usos, se ajustan a la operación principal como un anejo, y por lo tanto, se trata de productos independientes, de elevada dificultad tanto para su comprensión como para su manejo, y que precisan de un conocimiento técnico previo. Y no es extraño que el cliente bancario medio de cualquier entidad tenga dificultades en aprehender el significado exacto de un contrato de un derivado financiero, ya que la aplicación fundamental de estos productos es la gestión de riesgos financieros, la reducción de los costes de financiación de operaciones, el arbitraje entre mercados o la creación de instrumentos financieros sintéticos. Es de citar, entre otras, la STS de 10 de diciembre de 2015, conforme a la que la permuta financiera, sea sobre tipos de interés, sobre índice de inflación, o similar, tiene la consideración de producto financiero complejo conforme al art. 78.8 de la Ley del Mercado de Valores y al anexo I, sección C, punto 4 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID), tal y como ya había sido declarado por la STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-6 604/11, caso Caso Genil 48, S.L. y otros contra Bankinter, S.A y otros. Cuestión distinta es que, siendo un producto financiero complejo, pueda revestir distintos grados de complejidad, y que, tratándose de un cliente de perfil adecuado, y con explicaciones claras, no engañosas, imparciales y suministradas con suficiente antelación sobre las características y riesgos del producto, tal cliente pueda formar adecuadamente su consentimiento.

El más común de estos swap es el de tipos de interés, en el que las partes acuerdan, durante un determinado periodo de tiempo, un intercambio mutuo de pagos



periódicos de intereses en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal (que nunca se transmite, sino que solo sirve de base para el cálculo de intereses que ha de efectuarse mediante las correspondientes liquidaciones), pero con tipos de referencia distintos, siendo lo habitual que una de las partes pague los intereses a un tipo variable en función del EURIBOR y la otra a un tipo de interés fijo, liquidándose periódicamente, mediante compensación, tales intercambios, generando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor, o viceversa, acreedor. En su modalidad de tipos de interés, el acuerdo consiste en intercambiar sobre un capital nominal de referencia y no real (nocial) los importes resultantes de aplicar un coeficiente distinto para cada contratante denominados tipos de interés (aunque no son tales, en sentido estricto, pues no hay, en realidad, acuerdo de préstamo de capital) limitándose las partes contratantes, de acuerdo con los respectivos plazos y tipos pactados, a intercambiar pagos parciales durante la vigencia del contrato o, sólo y más simplemente, a liquidar periódicamente, mediante compensación, tales intercambios resultando a favor de uno u otro contratante un saldo deudor o, viceversa, acreedor.

De otro lado, interesa destacar que el contrato de permuta de intereses, en cuanto suele ser que un contratante se somete al pago resultante de un referencial fijo de interés mientras el otro lo hace a uno variable, se tiñe de cierto carácter aleatorio o especulativo, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes». Efectivamente, aun cuando se trata de contratos teñidos de un cierto carácter aleatorio, su fin último no es la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por el cliente bancario, y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros, siendo su causa el sinalagma recíproco de las prestaciones que obligan a los contratantes. Es por ello que el principal nocial se calcula o fija en función del endeudamiento de cliente, pudiendo ser de cobertura, en el caso de que sea fijado teniendo en cuenta la totalidad de la deuda, en cuyo caso actuaría como instrumento de cobertura, correspondiéndose entonces el nocial con la deuda que se trata de cubrir y el cálculo de intereses y liquidación de los mismos, así como su duración, que debieran ajustarse igualmente a los de la deuda que se trata de cubrir, o bien solo a una parte.

Sobre su relación con el seguro la SAP Valencia, Secc. 9.ª, de 6 de octubre de 2010, dice que «Esta operación, si bien atípica, es válida y eficaz al amparo del art. 1255 del Código Civil y desde luego no puede conceptuarse ni constituye un contrato de seguro, al faltar un elemento definidor del mismo cual es el pago de una prima (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro), no obstante, la nota semejante que puede apreciarse en la finalidad de cubrirse los riesgos de la subidas de los tipos de interés y por ende de los mayores costes financieros». Esta misma Audiencia, en su SAP 143/2009 Álava (Secc. 1.ª) de 7 de abril de 2009, ha analizado otros contratos bancarios de intercambio de intereses (CLIP de interés) ofrecidos a clientes con la excusa de asegurarles ciertas garantías, en aquel caso por cambio de divisas. Tal resolución mostraba la perplejidad de un contrato en el que, por mucho que se analizaran sus cláusulas, ninguna ventaja se apreciaba para el cliente, incumpliendo por lo tanto el elemental principio de justo equilibrio de las prestaciones que debe caracterizar los contratos bilaterales.

Visto todo lo indicado hasta aquí puede concluirse que esta clase de contrato no es una forma de asegurar que no se abonarán tipos por encima de cierto límite, sino un contrato atípico y bilateral, teñido de cierta aleatoriedad, siendo de destacar, que la práctica forense enseña que se trata de productos diseñados de forma que su cobertura



no se concentra en la protección del incremento de los tipos de interés, sino que la fluctuación suele perjudicar al cliente, ya que se comercializan, sobre todo, cuando existe un leve repunte del Euribor, pero tras el inicio de la crisis económica la rebaja de los tipos del Banco Central Europeo propicia que el cliente tenga que pagar tanto el importe del producto de cobertura como la diferencia porcentual de la bajada y la fijada en el citado instrumento. A la postre redunda en una obtención de un beneficio para el banco, y no para su cliente.

QUINTO.- Sobre el deber de información de la entidad bancaria.-

El contrato litigioso se celebró en octubre de 2007. Aun cuando en la contestación se afirma que fue suscrito un año después que el contrato de préstamo hipotecario del que trae causa, es lo cierto que, siendo la fecha de éste el 29 de octubre de 2007, consta que el clip BANKINTER fue remitido por fax al legal representante de la actora al día siguiente, el 30 de octubre. En consecuencia, el contrato fue suscrito antes de la promulgación 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, con finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de la conocida como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de esa normativa, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, al tratarse de un producto ofrecido por la entidad (ha declarado que se le ofreció la posibilidad de suscribir el contrato a raíz de la firma de la hipoteca), el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa (por todas, sentencias de esta sala 742/2015, de 18 de diciembre, 669/2016, de 14 de noviembre, y 7/2017, de 12 de enero).

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:



"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

"3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

Son ya múltiples las sentencias que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (por todas, sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre). Se puede mencionar la STS de 25 de noviembre de 2015, que aclaró que "Tanto antes como después de la incorporación a nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, la entidad financiera tenía la obligación de informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente. Para el banco, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente".

Por su parte, la STS de 4 de diciembre de 2015 (FJ 17.3) viene a señalar que la empresa que asesora en materia de inversión debe precisar con detalle toda la información dado (i) el asesoramiento, (ii) la complejidad, (iii) el interés del cliente y (iv) el conflicto de interés. En otro caso está "incurriendo en negligencia" y "omitiendo la diligencia que exige la naturaleza de la obligación" (arts. 1101 y 1104 cc) con los efectos de los arts. 1106 y 1107 Cc respecto a la indemnización de daños y perjuicios que podría ser equivalente a la pérdida sufrida por el cliente.

La STS de 4 de diciembre de 2015, con cita en las 535/2015, de 15 de octubre, y 549/2015, de 22 de octubre, puso de manifiesto que como consecuencia del deber de información imparcial que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID) impone a las empresas de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor. En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el



banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. El banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.

Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente.

En relación concretamente con contratos de permuta financiera con la denominación "Clip Bankinter", muy similares al que es objeto de este procedimiento, se ha pronunciado el TS, entre otras, en las sentencias 547/2015, de 20 de octubre; 559/2015, de 27 de octubre; 560/2015, de 28 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 631/2015, de 26 de noviembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 25/2016, de 4 de febrero; 26/2016, de 4 de febrero; 358/2016, de 1 de junio; 491/2016, de 14 de julio; 509/2016, de 20 de julio; 676/2016, de 16 de noviembre; y 143/2017, de 1 de marzo; 452/2018, de 17 de julio y 603/2018, de 31 de octubre. También ha afirmado en numerosas sentencias que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, sin que sea suficiente el que el administrador haya constituido empresas para venderlas y firmado contratos semejantes en los que tampoco se dice que hubiera sido informado de los riesgos.

Según dijo en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación - activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas.

Por lo demás, destacar que la anterior doctrina resulta también de aplicación a los supuestos en que el cliente bancario es una persona jurídica. Así lo han aclarado las SSTS nº 444/2018 y nº 446/2018, ambas de fecha, de 12 de julio de 2018, de conformidad con las que "...El hecho de ser empresario no faculta sin más para el



conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo. Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario. La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección al empresario pues la disyuntiva no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no”.

QUINTO.- Examen de la prueba practicada en autos

Estamos ante un contrato denominado “de intercambio de tipos/cuotas” celebrado entre BANKINTER S.A. y las entidades y
(documento nº 1 de la demanda) En su expositivo se manifiesta que “el cliente ha suscrito o tienen la intención de suscribir con el banco... un préstamo por el importe vivo indicado en las condiciones particulares” y “que las partes están interesadas en la contratación de un derivado financiero por el que el cliente obtenga el efecto económico de neutralización del riesgo de variación de su cuota o tipo de interés de referencia a través de un intercambio de su actual tipo de interés o de su cuota del préstamo, por otro tipo o por otra cuota respectivamente, que se calculan en el momento de la formalización de este contrato...”. El contrato de préstamo hipotecario de referencia, suscrito el mismo día, lo fue por la cantidad de 600.000 euros, concertándose a un tipo fijo hasta el 29 de octubre de 2008 del 5’43% y, a partir de esta fecha, se determinó un interés variable del EURÍBOR + 0’7% revisable anualmente (documento nº 5 de la demanda).

Establecía la estipulación primera del contrato que “El presente contrato tiene por objeto la contratación entre cliente y BANKINTER de un derivado financiero, el intercambio, que produce el efecto económico de intercambiar tipos de interés/cuotas, generando pagos por parte del cliente, coincidentes con el abono de las cuotas del préstamo, sin que por ello se modificaren las condiciones del préstamo”.

Y, a tenor de su estipulación tercera “En virtud del presente contrato, el cliente obtiene un intercambio del tipo de interés/cuotas de su préstamo sobre el 100’00% del nominal del mismo, siendo este último de 590.942’77 euros. Hasta el momento de la contratación del intercambio, y cuando concurren circunstancias sobrevenidas en el mercado de tipos de interés que, a juicio de BANKINTER, alteren sustancialmente la situación existente cuando se realizó la oferta del intercambio, el Banco podrá revocar la oferta respecto del mismo bien, si bien en este caso el Banco ofrecerá al cliente un producto alternativo y de características similares al que se le ofreció inicialmente. El cliente podrá solicitar una modificación del porcentaje de intercambio sobre el nominal del préstamo existente en el momento de la modificación. La anterior modificación determinará la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente, en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada modificación. La modificación del porcentaje de intercambio sobre el nominal del préstamo conlleva gastos adicionales para BANKINTER que pueden ser repercutidos sobre el cliente”

En cuanto a sus condiciones particulares, la cláusula 14 determinó:

- Tipo de intercambio: intercambio de cuotas.
- Nombre del intercambio: Cobertura cuota fija.
- Fecha de contratación: 30.10.2007.
- Fecha del inicio del intercambio: 29.10.2008.
- Fecha del fin del intercambio: 28.10.2011



- Porcentaje del intercambio sobre el nominal del préstamo: 100%
- Nominal vivo del préstamo: 590.942'77 euros.
- Nueva cuota fija: 4.181'74
- Tipo de referencia del préstamo: R0004
- Tipo de referencia del intercambio: R0004.
- Periodicidad de la liquidación del intercambio: Mensual.

Por mucho que se quiera simplificar su contenido, no puede afirmarse en absoluto que se trate de un contrato sencillo y de fácil comprensión, siendo evidente que su comprensión requiere un importante esfuerzo de concentración para ir integrando los diversos conceptos que se vierten, salvo que el cliente pudiera considerarse “experto” en mercados financieros o se le hubiera explicado pausadamente y con ejemplos pertinentes que permitieran concretar las consecuencias reales del producto que se contrataba. No puede afirmarse, como puso de manifiesto la STS de 20 de noviembre de 2015, que la simple lectura de las cláusulas del contrato de swap, redactado unilateralmente por la actora y presentado siguiendo un modelo estandarizado, fuera suficiente para que el legal representante de la actora, salvo que fuera inversores profesional o estuviera familiarizado con este tipo de productos, tuviera información adecuada sobre el producto cuya contratación se le ofrecía que, según ha señalado en el acto de la vista, se les presentó como una forma de aseguramiento que no le produciría perjuicio alguno, cuando se trata de un contrato muy complejo, al que falta datos esenciales, de difícil comprensión por quienes no sean profesionales del mercado de este tipo de productos derivados, y los avisos de riesgos no advertían adecuadamente sobre la naturaleza y gravedad de los riesgos anudados al contrato. La información que al respecto recoge el propio contrato no es suficiente, pues se limita a señalar su denominación y que consiste un intercambio, fijando su duración, no determinando siquiera cuáles son los tipos de referencia del préstamo ni del intercambio (se alude a R0004), determinando solo su fecha de comienzo (que se hizo coincidir con la de la aplicación del tipo variable del EURIBOR +0'7% según el contrato de préstamo hipotecario), determinando un plazo de duración de tres años. Esta mínima información tal vez pudiera considerarse suficiente en el caso de que se hubiera visto acompañada de las suficientes explicaciones, que no han quedado acreditadas.

Efectivamente, con la contestación se ha aportado un anexo, que no consta haber sido entregado ni que llegara a ser conocido por el legal representante de la actora. Por su parte, la empleada de la entidad bancaria ha manifestado que, de hecho, el contrato suponía cerrar un tipo de interés durante un tiempo. Y, si bien la duración consta pactada, ni en el contrato se aplica ese tipo de interés (que, de hecho, llegó a ser del 8%), ni se explica el motivo por el que, habiéndose concertado en esa misma fecha y en unidad de acto la aplicación de un tipo variable (Euríbor +0'7%) acto seguido se impone durante un periodo de tres años un interés que no se correspondía con el que figuraba en la escritura de préstamo y que no consta aceptado por el cliente.

La información referenciada en el contrato no es suficientemente explícita para que por sí misma, sin mayor explicación, el inversor minorista conociera lo que podría llegar a costarle el producto contratado, caso de una bajada de los tipos de interés como la ocurrida a partir del 2009. No consta que el cliente fuera informado sobre la previsión de la entidad bancaria sobre la evolución de los tipos de interés, ni sobre el reflejo que tal previsión podría tener.

Por otro lado, como la SST núm. 195/2016, de 29 de marzo aclaró, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap:



la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). “Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés”.

Y sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios. Según recuerda la STS 10/2017, de 10 de enero: "No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009".

En el caso de autos, ha de manifestarse que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017, de 13 de enero). En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos "tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto" (sentencia 594/2016, de 5 de octubre).

Estamos en presencia de un cliente sin experiencia acreditada ni conocimientos sobre productos bancarios complejos, que acude a la entidad bancaria a fin de obtener financiación para la adquisición de un local de negocios. Ha manifestado el legal representante de la actora que se dedica profesionalmente al ejercicio de la profesión de médico y es administrador de varias empresas dedicadas todas ellas a la intermediación en el mercado inmobiliario. Puede reconocerse que se trata de un empresario avezado y dinámico. Pero no hemos de olvidar que el objeto de su empresa no está relacionado



con el mundo financiero y que no consta que con anterioridad hubiera contratado otros productos de similares características: la propia empleada de la entidad bancaria ha manifestado que ni en préstamos hipotecarios anteriores ni con posterioridad se le presentó para su firma un contrato de intercambio de tipos como el que nos ocupa. No se discute, en definitiva, la capacidad de dicha persona en el terreno empresarial en el que se mueve, pero su capacidad empresarial en este concreto terreno no se puede transpolar al ámbito bancario-financiero. Por eso ha de concluirse que la aceptación y firma del contrato fue cursada en la confianza que le inspiraba la entidad bancaria, y, concretamente, la empleada que le ofreció el producto, siendo de destacar que su importe nocional era similar al endeudamiento total derivado de los productos de financiación suscritos con la entidad bancaria demandada.

Se ha dicho que el legal representante de la empresa cofirmante del documento, _____, era director de oficina de una entidad bancaria. Al respecto cabe señalar que no se ha propuesto la declaración de dicha persona a fin de determinar si informó de algún modo al ahora demandante sobre la naturaleza y riesgos del producto contratado. Por otro lado, ello no eximiría a la entidad bancaria de su deber de transmitir al ahora demandante, como persona ajena al mundo financiero, información clara y suficiente que le permitiera crearse una idea clara sobre el producto contratado y asumir sus riesgos.

Por otro lado, y según ha resultado acreditado en el acto de la vista, se trató de un producto impuesto al cliente, sin que se haya acreditado que se hubieran presentado, si quiera, alternativas con el fin de obtener la financiación que el cliente deseaba obtener. Ha dicho _____ que el motivo por el que se presentó el contrato derivó de la circunstancia de que el cliente no quiso asegurar el bien y por ello se derivó en este tipo de contrato. Es de destacar, por otro lado, que no consta que el empleado de la entidad bancaria evaluara los conocimientos, profesión y experiencia inversora previa. No consta que se hicieran simulaciones o cálculos de ningún tipo; no se explicó la posibilidad de liquidaciones negativas; no consta haberse presentado un histórico sobre la evolución de los tipos de interés, defiriéndose la entrada en vigor del contrato a un año después al de su firma, cuando el escenario pudiera ser totalmente diferente. No consta ni que el Notario ni la otra parte en el contrato hubiera ofrecido información adicional alguna, que se hubiera puesto a disposición del representante de la actora previamente el documento que iba a firmar con la finalidad de poder examinarlo con serenidad, o que estuviera asesorado de otro modo por especialistas, resultando más bien que, confiado en los empleados de la entidad financiera, firmó este documento sin pararse a comprender el auténtico alcance y naturaleza del producto.

En definitiva, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; no siendo suficiente el tenor literal de los documentos suscritos y su lectura, ni pudiendo hacerse responsable al cliente de la falta de lectura o de la firma sin estar debidamente informado: era preceptiva una información precontractual completa y adecuada sobre los concretos riesgos del producto financiero. En este caso, como ya hemos señalado, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no era suficiente y se requería una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero).



La entidad demandada prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos. Y el incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada continuada de los tipos de interés y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia la aplicación del artículo 1101 del CC: no se trata de que la entidad bancaria pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

SEXTO.- Sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios.-

Se alega, finalmente, la aplicación de la doctrina de los actos propios por haber aceptado la parte demandante las sucesivas liquidaciones derivadas del contrato litigioso. Más dicha aceptación, no puede sostenerse que supusieran una confirmación o convalidación del contrato, recordando en este sentido lo dicho por la AP de Asturias en SS de 24 de julio y 2 de julio de dos mil doce, 11 de febrero de dos mil once, y 23 de julio y 12 de noviembre de dos mil diez, y por la AP de Barcelona en St. de fecha 13 de julio de dos mil doce, entre otras, dado que lo que suele acontecer en este tipo de contratos es que el cliente no alcanza a atisbar su dinámica hasta que comienzan a girarse las liquidaciones negativas, que es cuando empieza a darse cuenta de la abismal diferencia entre el importe de las liquidaciones, percatándose del error en que ha incidido, y ello no tanto porque al bajar el euribor resulte un saldo negativo para ellos, sino por la desproporción manifiesta a favor de la entidad bancaria en estas liquidaciones. En el caso de autos, ha quedado acreditado que tan pronto como comenzaron a percatarse de las liquidaciones negativas, se trató de proceder a la cancelación del contrato, quedando con ello clara su voluntad anterior a la fecha del vencimiento de no confirmar el contrato.

Por otro lado, debe recordarse, según hemos declarado probado en precedentes fundamentos, que la firma del contrato vino motivada por la ausencia y/deficiencia en la información suministrada por la entidad demandada, y de la que era merecedora en su condición de cliente bancaria y con relación a un complejo producto financiero, de modo que estaríamos en presencia de un convenio concluido con vulneración de normas de carácter imperativo –las que obligan a las entidades financieras a actuar con absoluta transparencia en el mercado, disipando el oscurantismo que rodea a determinadas figuras negociales concluidas en base a contratos que unilateralmente redactan, por lo que ni el mero transcurso del tiempo ni la conducta ulterior de la parte más débil de la relación jurídica tiene eficacia para sanarlo en forma tácita conforme al art. 1.311 del CC, viniendo a tener un tratamiento equivalente al de los contratos carentes de alguno de los elementos estructurales previstos en el art. 1.261 del CC, como ya hemos examinado, y por ello excluido de la posibilidad de ser confirmados según el art. 1.310 del CC (ver, en idéntico sentido, SS de la AP de Barcelona de 30 de enero y 13 de julio de dos mil doce).

Lo anterior conduce, a su vez, a la estimación de la demanda planteada.

SÉPTIMO.- Intereses.-

A tenor de lo establecido en los artículos 1.100, 1.108, 1.109 y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe condenarse al demandado al pago de los intereses legales devengados por la cantidad reclamada desde la fecha de la interpelación judicial en los precedentes autos de juicio monitorio, hasta el completo pago de la deuda, con los incrementos, desde la fecha de la presente sentencia, previstos en el art. 576, citado.



OCTAVO.- Costas.-

Siendo la presente sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del principio de vencimiento que en la misma se recoge, el procedente condenar a la parte demandada al abono de las costas procesales devengadas en la substanciación del presente procedimiento en esta instancia.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de oportuna aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO como ESTIMO la demanda formulada por el Procurador Sra. MENDIOLA OLARTE en representación de . frente a BANKINTER S.A., representada por el Procurador Sra. :

1º.- Declaro que BANKINTER ha incumplido sus obligaciones de información previa, destacando los riesgos, diligencia, transparencia y lealtad, dando lugar a un inadecuado asesoramiento en materia de inversión respecto del CLIP BANKINTER PERMUTA FINANCIERA acompañado como documento nº 1 de la demanda.

2º.- Condeno a la demandada a indemnizar daños y perjuicios por importe de DOCE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS DE EURO (12.672'27) al amparo del artículo 1.101 del CC, más los intereses devengados por la anterior cantidad desde la fecha de la demanda hasta su completo pago que, desde la fecha de la presente sentencia, serán los previstos en el artículo 576 de LECv.

3º.- Condeno a la demandada al abono de las costas procesales devengadas en la sustanciación del presente procedimiento en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, advirtiéndoles que no es firme, pudiendo interponer contra ella, ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Recurso de Apelación dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación, en la forma determinada por el artículo 458 de la LECv., según redacción otorgada mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre, recurso que no será admitido a trámite si no se acreditara suficientemente por la parte interesada en su interposición haber constituido el depósito requerido por la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida mediante LO 1/2009, de 3 de noviembre.





Así por esta, su sentencia, de la que se expedirá certificación literal para su unión a los autos, incorporándose el original de la misma al Libro de Sentencias que en este Juzgado se custodia, lo pronuncia, manda y firma,

E/.

Lo anteriormente inserto concuerda bien y fielmente con el original al que me remito y, para que conste, libro el presente, En Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil veinte .

Firma del/de la Letrado/a de la Admón. de Justicia



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **0927401001331512470591**



Este documento es una copia auténtica del documento Testimonio firmado electrónicamente por
EUSEBIA MARTIN CUESTA