

**Audiència Provincial
de Barcelona**

Secció 11a

**Rotlle núm.
Jutjat de Primera Instància núm. 8 de Mataró
Actuacions de procediment ordinari núm.**

Sentència núm. 199 / 2014

Il·lms. Srs.

**Josep M^a Bachs i Estany
Francisco Herrando Millán
Antonio Gómez Canal**

Barcelona, vuit de maig de dos mil catorze.

La Secció Onzena de l' Audiència Provincial de Barcelona ha vist amb el núm. les actuacions de recurs d'apel·lació interposat per la procuradora Sra.

, en representació del Banco Popular Español, part demandada, i ha pronunciat la següent Sentència.

I. Antecedents de fet:

Primer. La part dispositiva de la Sentència apel·lada és la següent: "FALLO.- Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por [redacted] contra Banco Popular Español SA, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes en fecha 14 de noviembre de 2008, y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades que en su caso hayan sido cobradas a la actora por mor del contrato referido, que si fuese necesario se determinaran en ejecución de sentencia, más los intereses legales y todo ello con expresa imposición de las costas a la demandada".

Segon. Ha comparegut en aquesta alçada la part recurrent a través del procurador Sr. Montero i Brusell.

Ha comparegut en aquesta alçada la part oponent a través del procurador Sr. Toll i Musterós.

Ha estat assenyalada per a deliberació, votació i decisió del recurs l'audiència del dia 9 d'abril de 2014, el que ha tingut lloc a l'hora prevista.

HA ESTAT VIST, essent ponent l'Il·lm. Sr. Magistrat Josep M^a Bachs i Estany, President de la Secció.

II. Fonaments Jurídics:

Primer. Apel·la la part demandada la Sentència d'instància (f. 243 i 249 i ss.) pels següents motius:

1er) indeguda aplicació de la normativa de la LMV 24/1988 perquè la permuta financera no és cap producte d'inversió. Els arts. 78 i 79 LMV s'apliquen a qui presten serveis d'inversió. Que són els de l'art. 63 LMV. On no consten els swaps. I perquè seria aplicable l'excepció de l'art. 79 quater. Per ser un producte associat a un producte bancari (préstec hipotecari) per bé que no ho considera lligat a normes europees a les que es refereix el precepte (i que sembla ser que no existeixen encara) sinó a les del BE. Nega

que la permuta financera sigui cap inversió. També que tingui complexitat. Perquè no crea cap incertesa sinó que dóna certesa al client ja que li passa el tipus variable a fix. Protegeix davant la puja dels tipus. Situació similar a qui contracta a tipus fix.

Per tot això entén que no es pot anul·lar per incompliment d'una normativa no aplicable.

I sosté que la normativa del BE en cap manera obliga a distribuir fulletons o resums detallats dels caràcters de l'operació ni cap oferta vinculant escrita lliurada prèviament a la subscripció, entenent que n'hi ha prou amb explicar exhaustivament el funcionament i risc del producte.

No es pot deixar de banda allò que ha estat la prova testifical on es recull com es va explicar el producte. Dient que resulten irrellevants les explicacions dels empleats dels bancs s'està primant les meres manifestacions dels clients. I en aquest cas l'altra part no va poder demostrar la manca d'informació a l'acte del judici.

2on) infracció dels arts. 218.2 i 316 LEC en relació al 1265 CC: error en la valoració de la prova quant al suposat error vici del consentiment: s'equivoca el Jutjat quan sosté no es va donar cap informació prèvia al contracte. I que el contracte no és exhaustiu. Al judici s'ha manifestat que sí es va explicar. Entén que cap normativa obliga a lliurar cap fulletó explicatiu. Quant a que el contracte no és exhaustiu, ressalta que en ell hi consten tots els elements del contracte i s'adverteix que el client pot haver de pagar. I d'altra banda, el client sabia perfectament què va contractar perquè només es queixa mesos després en que no paren de baixar i es va contractar per cobrir-se de pujades.

La sentència infringeix l'art. 218, en relació al 316 LEC, 1) perquè considera la nul·litat en base solament a la tesi actora de que li van vendre una assegurança. El que no té cap base probatòria. No pot fer prova un fet no perjudicial manifestat per una part. Hi ha un testimoni del banc que ha deixat clar que mai es va publicitar com una assegurança. No pot confondre un client que contracta fons d'inversió un producte de cobertura amb una assegurança. 2) infringeix

l'art. 1265 CC perquè estem davant d'un error excusable i perquè s'ha omès aquí la jurisprudència que no excusa de llegir els contractes i que no permet invocar error a qui reconeix no haver-los llegit. Com és el cas (sent. AP València -9a- de 13-11-2008 i sent. AP Madrid 10-7-2009, sent. AP Àvila 9-12-2010). A més, el contracte és senzill i clar. 3) la sentència oblida que es va fer el test MiFID, va donar com a resultat client sense experiència en productes financers i va decidir lliurament contractar-lo.

3er) considera irrellevant no tenir coneixements financers però sí que reforça la seva tesi el fet que abans havia contractat un fons d'inversió.

Postula la revocació i la desestimació de la demanda amb costes.

S'oposa la part actora (f. 269 i ss.) pels següents motius:

1er) la normativa MiFID és aplicable. A més, si no fora així, no s'entendria per què es fa signar un contracte de condicions generals . per a la prestació de serveis d'inversió, per què es va lliurar el doc. 12 (informació sobre serveis financers) ni per què se li va fer el test MiFID -que no ha aparegut per enlloc, només el seu resultat-. En l'únic que coincideixen hipoteca i swap és en la data de contractació (la hipoteca té dos cotitulars i la permuta només un), el nocional tampoc (és el mateix que la totalitat de la hipoteca encara que hauria de ser del 50%, per lògica), la clàusula sòl tampoc (la hipoteca la tenia del 5% i el swap ja comença amb un tipus de referència molt inferior). La sentència no només esmenta la normativa MiFID com delimitadora de les obligacions d'informació dels bancs sinó també la Llei de Disciplina i Intervenció de les Entitats de Crèdit (art. 48.2), el RD 217/2008 i l'art. 47 RD 216/2008. La sentència a més no exigeix el lliurament de fulletons om ofertes escrites sinó que al no haver-hi cap prova documental d'aquesta informació el jutge pressuposa amb tota lògica que no s'ha donat. És l'entitat bancària la que la té que provar aquesta informació. Més enllà de la testifical dels seus empleats. Només hi ha dos correus electrònics on es pot veure l'escassa i deficient informació

prestada.

2on) No hi ha cap error de valoració de la prova: la sentència és totalment ajustada a Dret. L'entitat no ha demostrat haver informat plenament al client. Ni el contracte és explícit. Sobretot la clàusula de rescissió on es diu simplement que el client pagarà "els imports dels càlculs que s'hagin de fer" sense més explicació. Invoca la sent. AP Barcelona -19a- de 9-5-2011 que lliga manca d'informació i error, entén que s'han usat productes inadequats per a particulars i que s'han comercialitzat com una assegurança o de cobertura del client quan en realitat era l'entitat la que amb ells es cobria de la pèrdua de negoci que la imminent caiguda de tipus arrossegaria.

Que la percepció hagués estat que es tractava d'una mena d'assegurança és només responsabilitat de l'entitat. Es desprèn dels mails on es parla de pòlissa, , de cobertura, etc.

Sorprèn que se'ns invoqui la no lectura del document quan això no resulta d'enlloc, és un fet totalment nou. I que la permuta és un contracte independent i autònom ho va dir el propi director del banc.

Quant a la llibertat amb que s'hauria signat és una contradicció qualificar al client de sense experiència quan al doc. 4 de la contestació el qualifiquen com a client amb experiència en productes financers complexos, i en no haver-hi el test concret, només el genèric, no es pot saber per què es fa això ni en base a quina informació se la qualifica d'experimentada. Si tenir un fons d'inversió de 800 euros és tenir experiència financera, Déu n'hi do.

Considera que no s'ha format degudament la voluntat per manca de la informació precisa necessària i per això postula la confirmació amb costes.

Segon. L'anàlisi de l'actuat revela acreditats els següents antecedents i fets:

a) A la seva demanda (28-7-2010), l'actora demana la declaració de nul·litat d'una permuta financera de tipus d'interès (IRS) (i subsidiàriament la resolució per

clàusules abusives, amb efectes de 12-3-2010, quinze dies després del document de rescissió tramès per l'actora) signada el 14-11-2008 (f. 87 i ss.) poc després d'assumir el 28-10-2008 una hipoteca (f. 23 i s.) que gravava un edifici comprat a mitges amb una altra persona.

Aquesta hipoteca era per 184.836,77 € que s'ampliava a 224.000 amortització fins 4-11-2038 i interès (f. 47) fins 4-8-2009 del 6,620% i, a partir de 4-8-2009, euríbor + 1.25 però amb un sòl del 5%).

El mateix dia de la signatura els van dir que s'havia de signar una assegurança i que haurien de signar una "pòlissa" que els interessaria molt, sense cost, que les protegiria de les puges dels tipus d'interès.

La permuta es va signar sense saber massa de què anava i sense una informació prèvia detallada. Es va fer només a nom de l'ara actora. Sobre un nocional de 221.700 € el primer any i de 219.100 € el segon al tipus fix del 3,889% i variable euríbor a 12 mesos. Si fix > variable, client paga a banc i si fix < variable, banc paga a client el diferencial en cada cas.

Client s'anomena comprador i banc venedor.

[Cal tenir en compte que entre 1-11-2008 i 1-12-2008 l'euríbor va caure de 3,811 a 3,132%, de manera que d'entrada el producte cobria solament la diferència entre 3,889 i 3,471 -mitjana del mes- aproximadament, escassament 0,41 punts, per bé que en relació al sòl del 5% en realitat estava cobrint 0)]. Atesa la data d'intercanvis, a més, sembla clar que iniciava l'anualitat el 28-10-2009 i que era a dos anys.

Després de signar va enviar la copropietària un mail al director preguntant un seguit de dubtes i que li van contestar (f. 89) que els garantia un tipus molt atractiu del 3,889% (quan tenien un sòl del 5%) i es referia, en plena caiguda lliure de l'euríbor a la incertesa futura sobre l'evolució dels tipus d'interès. A 5-12-2008 ja van preguntar per la cancel·lació. I 11 mesos abans de l'entrada en eficàcia del contracte els diuen que seria molt cara sense quantificar cap xifra (f. 90). I que el tipus era molt

bo (error perquè el sòl seguia essent del 5%).

Enlloc del contracte explica com es calcula la cancel·lació.

El juliol de 2009 van enviar una queixa al banc (f. 91-92) que va ser contestada dient que la informació proporcionada era suficient i acordada amb la normativa MiFID i allí s'esmenta que se li ha fet un test de conveniència (f. 93) i se la considera "client amb experiència en productes financers complexos". No dubta que potser existeixi i té la sensació de no saber exactament què va signar. Però assegura no tenir-ne cap còpia.

El 4-1-2010 es va rebre la primera i única previsió de liquidació (f. 94) on se li reclamaven 8.526,92 € des del mes d'octubre de 2009.

A 22-1-2010 se li comunica que el cost de cancel·lació era de 10.688 €, sense més explicació (f. 95). Posteriorment pujava a 11.662,70 € (f. 100).

En cap moment se la va informar de les previsions o expectatives del banc sobre l'evolució immediata o a mig termini de l'euríbor. [I devia ser a la baixa quan es va constatar que entre nov. de 2008 i maig de 2010 s'havia desplomat del 3,811% al 1,239% (sempre segons la pàgina web www.es.euribor-rates.eu)]

Es queixa de manca d'informació i de vulneració de la normativa protectora del consumidor. La finalitat era protegir-lo de les pujades fins 2011. Considera que el banc es va aprofitar de clients temorosos de puges i ignorants de la informació privilegiada que manegen els bancs.

Al final es troba que ha de pagar el tipus sòl de la hipoteca i la diferència referencial fix i variable de la permuta.

Reconeix se li van lliurar abans de signar documents genèrics i no ajustats a la operació concreta (f. 101 i ss.).

L'entitat no ha respectat ni les mateixes condicions generals que figuren al contracte (aps. 2 i 3) companya

b) A la seva contestació, la demandada diu que l'IRS obeeix a una obligació legal 8art. 19 Llei 36/2003), que quan no va

associat a un préstec bancari té la consideració de producte financer especulatiu i quan està vinculat complei una funció de cobertura . És el cas. Que els seu funcionament és que quan l'euríbor puja es compensa el que paga de més el client amb el que rep del banc i quan baixa és a l'ínrevés. Es comporta com un pacte de tipus fix. No es va signar autònomament sinó lligat a una hipoteca i protegia de les pujades dels tipus.

El contracte és clar i no pot induir a error. El contracte conté totes les condicions rellevants. S'adverteix que el client pot haver de pagar una quantitat superior a la que correspondria cobrar per una liquidació segons euríbor. La fórmula és clara.

No hi ha hagut mala fe de part del banc.

La normativa MiFID no és d'aplicació al producte.

La clàusula sobre la cancel·lació està avalada pel propi BE i és una cancel·lació anticipada o venciment anticipat. No és cap indemnització a favor del banc o penalització.

Acompanya quadre d'amortitzacions del préstec hipotecari (f. 181) un rebut de l'exemplar complet relatiu a les condicions generals per a la prestació de serveis d'inversió (f. 182), un document conjunt del BE i la CNMV sobre delimitació de competències quant a supervisió i resolució de reclamacions (f. 184 i ss.)

c) Consta una liquidació de 5.929,67 e a favor del banc de data 28-10-2008 (f. 205).

d) Al judici celebrat el de 2011 (f. i ss. i DVD) declaren en interrogatori:

1) la part demandada, a través del Sr. director de la sucursal (min. 2.28 i ss. DVD); hi havia una relació de confiança, llarga, més amb el pare de l'actora; amb ella van fer aquesta operació. Mai abans havia invertit en operacions llevat d'un fons d'inversió de no recorda quant.

El perfil era conservador. Sí que li van fer el test de conveniència, però s'ha aportat més tard de la contestació; és un formulari; a la vista no hi ha ni signatura ni preguntes; fou contestat. El dia abans se'ls va explicar la

hipoteca i la cobertura. No estava a l'oferta vinculant, no ho recorda quant menys. No té per què estar-hi reflectida. El de la signatura de la hipoteca no es va signar, es va signar quinze dies després perquè se'ls va explicar. A canvi no és cert que no es signessin plans de pensions ni assegurances de la llar i de vida. El swap no és obligatori; fixi's que es signa quinze dies després de la hipoteca. Acostuma a explicar-ho sobre un paper. Explicant què passa si està més amunt o més avall. Va posar-les exemples perquè l'euríbor fluctua; els va dir que si baixava pagaven i si pujava cobraven. No els va dir mai que l'únic escenari fora de pujada. Sí que hi havia una perspectiva general al mercat de pujada. Per això sempre s'oferia la cobertura. La durada del swap està en funció d'ella perspectiva de puja. No s'ofereixen ara perquè la gent no té preocupació per puges de tipus. Cap pressió del banc per col·locar això. En tot cas la mateixa que per a col·locar fons d'inversió, crèdits, etc. Si baixava la hipoteca també l'hauria d'afavorir. A l'any següent el banc s'adona compte de que hi ha sòl i no es va canviar perquè havien de pagar notari, però internament el que es fa és que no es fa cas del sòl. El risc del banc és sempre l'impagament del client. No derivava de l'operació en sí. Quant a la fixació dels tipus fix de referència o barreres, venen fixats pel mercat. No ho fixa ni l'entitat. Ells traslladen al client allò que diu el mercat. Per què no entra en vigor en acabar el tipus fix, l'agost, és perquè s'havia d'aprovar l'agost la hipoteca. La data de fixació de l'interès variable són quatre dies abans de la data. Se li va explicar la fórmula de cancel·lació.

Explica breument el mecanisme del swap. Es tracta de cercar un tipus fix. No és una assegurança. La Sra. Rodríguez no sap si tenia operacions com aquesta amb altres entitats. No li va donar la impressió que no entengués el contracte. Només va signar ella. va explicar escenaris alcistes i baixistes. l'entenen experta en productes complexos per la seva experiència anterior (doc. quatre contestació, f. 183). Li van lliurar el contracte per a llegir-lo.

2) es renuncia a que declari en interrogatori el Sr.

(min. 2 DVD).

3) l'actora (min. 25:20 DVD) diu que el màxim que té és un fons d'inversió de 800 e, un compte a caixa laietana i una a banc popular.

Es va llegir el contracte i no el va entendre, li va dir que seria del seu interès i per això va signar. Quant a la clàusula segons la qual hauria de poder pagar, no la va entendre i ell li va dir que això no passaria perquè el tipus d'interès estava pujant.

Si pujava pagaria sempre el mateix, el 3,889% i tant era si pujava o baixava l'euríbor. Que ella pagaria sempre un tipus fix. Però tampoc seria així ja que tenia el sòl al 5%. Només va signar ella perquè l'altra titular no en va voler saber res. Li va dir que era obligatori signar-ho o no li feien la hipoteca. Que ja s'havia compromès amb Madrid.

Declaren en qualitat de testimonis:

1) la Sra. (min. 33:33 i ss. DVD) és qui va negociar la hipoteca amb el banc, des del començament. Abans de la signatura el Sr. rambla no els va dir que haguessin de signar aquesta pòlissa de swap. El primer dia que veuen el contracte és el de la signatura de la hipoteca. A la vista del doc. 4 de la actora (e-mail) el reconeix. No va veure, creu cap oferta vinculant prèvia. A la notaria els va dir que seria beneficiós, gratuït, que no tenia cap cost, que no es preocupessin i que signessin. No ho van signar perquè en aquell moment no ho van veure clar. Van decidir parlar-s'ho. Aquell dia era a nom de les dues. Però en estar l'ara actora més relacionada amb el banc va constar només a nom d'ella. Li va enviar el mail protestant. Li van dir que no tenia per què estar-hi. Els van vendre com si fora un interès fix i que sempre pagarien aquesta assegurança. Tal i com estaven les coses els interessos pujarien. Ella no sap molt d'això però pels diaris sabia que no aniria així. I per això no hi estava d'acord. Una setmana després de signar. Ja estava signat per ella. I ja no es podia cancel·lar sense un cost pràcticament inassumible. No van contractar ni l'assegurança de visa ni la de la llar. van deixar de ser obligatoris com eren, a canvi del swap.

Ella no va signar perquè no sabia de què anava i anava tot molt ràpid. Per la situació. No tenen per què treure-li un contracte que no ve al cas. No són maneres. Perquè va signar l'ara actora, sap que li van insistir molt, que s'havien compromès amb Madrid, que li seria molt beneficiós, la van obligar sense amenaçar-la, fou un excés de confiança.

Ella encara és l'hora que no ho entén. el que va fer és signar confiant en el banc. No sabia el que signava quan va dir que tenia experiència en productes financers complexos. Quan el contracte posa que el client potser haurà de pagar una quantitat no sap res més d'això, i hi ha moltes coses que no posa. Ella no ha signat. No ha llegit a fons. Però una setmana després veu que no van bé amb aquest contracte. Si no s'hagués signat segur que haurien hagut de signar assegurances o altres coses. No sap.

2) el Sr. (min. 48:33 i ss. DVD), interventor de l'entitat, apoderat de segona signatura; intervenia a la majoria d'operacions; suposa que la informació que li van donar era la general; no hi era ell; el director sabia perfectament com anava el producte; se li explicaria el que era la permuta.

No és un requisit necessari per a contractar una hipoteca; com les assegurances de vida i demés; explica un xic el que és el funcionament del producte; un client amb experiència en productes financers complexos és més assabentat que el que és simple impositor. No sap per què no va signar una i l'altra sí. Des de finals de 2009 i començament de 2010 no recorda el tipus d'interès. Estaven baixos.

Com a interventor ha de vetllar perquè les operacions respectin la normativa operativa del banc; que els comercials respectin aquesta normativa; desconeix si els comercials tenien un manual per a comercialitzar aquests productes. El contracte és de 14-11-2008. ja estava vigent l'espai MiFID.

No sap per què no es fa fer el test de conveniència. Diria que sí se li va fer. havent-hi una clàusula sòl la client sempre hauria de pagar per sòl i per swap. Reconeix que fou un error. El banc ho ha rectificat passant del sòl i

s'estava solament al swap. No va pagar per dues vies. No és la primera vegada que passa. La cobertura del swap a dos anys suposa que és cosa de mercat.

Tercer. La Sentència d'instància, de data 27 d'octubre de 2011 (f. 221 i ss.) estima íntegrament la demanda.

Entén que és un producte de risc, per a un perfil de clients determinat, segons la CNMV, altament especulatiu, dirigit especialment a empreses amb necessitats de cobertura de divises i de tipus d'interès per afers d'exportació /importació, de manera que és un producte inadequat per a pymes i particulars o persones jurídiques no professionals financeres.

Entén que encara que la demandada afirmi que el contingut és entenedor i que la mecànica de funcionament és fàcil, no és tan senzill, és autònom i el seu funcionament només depèn d'ell mateix. Admet que és de cobertura en tant que va lligat a una hipoteca, [per bé que en realitat no ha cobert res]

Analitza la normativa sobre deure d'informació, recull la jurisprudència al respecte, entre ella la nostra sentència de 16-12-2010 i conclou que s'ha infringit. Es basa en la sent. AP Pontevedra de 7-4-2010 i entén que aquí no s'ha donat cap mena d'informació sensible suficient. Es diu que el client és expert en productes financers quan no és cert (té un fons d'inversió de 800 € amb caixa laietana), i els propis empleats del banc ho testifiquen. Per això la qualifica de minorista.

Entén que el banc no ha estat exhaustiu a l'hora d'explicar el producte, ni precontractual ni contractualment. No hi ha res documentat.

El client no ha sol·licitat el producte. No se li ha donat cap fulletó informatiu.

El test no es va fer bé, a la vista dels fets.

Decreta l'anul·lació per vici del consentiment.

També diu que hi ha un desequilibri de prestacions atesa la clàusula sòl (i que el banc la va eliminar) [cal veure els DVD]

Amb costes

Quart. El primer motiu de recurs entén que no li és aplicable al swap de tipus d'interès quan fa funció de cobertura la normativa MiFID. I que en tot cas li seria d'aplicació l'excepció de l'art. 79 quater que fa referència a una altra normativa, que entén és la normativa bancària del Banc d'Espanya.

No es pot acollir.

Quant al segon extrem, l'excepció de l'art. 79 quater de la LMV en la seva redacció per llei 47/2007, és a dir, en el seu text vigent, no mena a la normativa del Banc d'Espanya, sinó a una normativa europea que tots els experts venen a coincidir en que encara no existeix. Diu l'art. 79 quàter: "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un **servicio de inversión** como parte de un **producto financiero** que ya esté **sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria** o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información".

Aquí no s'està oferint cap servei d'inversió, sinó de cobertura. I no estaria en cap cas associat a cap producte financer regulat per altres disposicions comunitàries.

Quant a si és aplicable la normativa MiFID. No solament a la vista del que hem vingut dient en aquesta secció en els darrers mesos sinó bàsicament en base a la doctrina configurada més recentment tant a aquesta Audiència com al Tribunal Suprem, que ja hem plasmat a les nostres sentències dels Rotlles 759/2012 i 704/2012, estem en condicions d'afirmar-ho rotundament.

La recent sentència de la secc. 13a de l'AP de Barcelona de 20-12-2013 que ve a ser un bon resum de tota la doctrina de la jurisprudència menor actual (Rotlle 898/2012), ha deixat clar que un administrador d'una empresa aliena a l'àmbit bancari no té per què ser considerat expert financer pel sol fet de ser

administrador d'una societat mercantil.

D'altra banda, la mateixa sentència ha considerat que la normativa MiFID és aplicable a tot swap, entre altres coses perquè el que caracteritza aquests contractes i en constitueix el nucli de la seva problemàtica és que amb ells s'opera a futur, es juga amb l'incertesa o risc de que es produeixi una alteració brusca del subjacent i que, cas que això passi, el client es trobarà amb un contracte que si bé inicialment vindria a cobrir-lo de les oscil·lacions dels tipus d'interès a l'alça que el perjudicarien en arribar aquest futur es convertiria -seguint la sent. AP Biscaia -4a- de 4-4-2012 "en un cost doncs, produïda l'alteració, és ell qui es veu abocat a fer pagaments al banc i no, com sol ocórrer a l'inici, el banc qui venia fent-li abonaments cobrint aquestes oscil·lacions a l'alça", perquè dita normativa és la que en concret -doncs, en general l'art. 7 i 1258 CC ja obliguen a actuar de bona fe- ha vingut obligant les entitats de crèdit a ser exquisides en brindar la informació més plena i entenedora possible sobre aquests productes de certa complexitat.

Així, si primer fou la llei 24/1988 de 28 de juny del Mercat de valors en la seva redacció inicial la que, després d'incloure els swaps a l'art. 2.b) en el seu àmbit d'aplicació, la que establia a l'art. 78.1 que les entitats de crèdit havien de respectar les normes i codis de conducta que aprovés el Govern o, amb habilitació d'aquest, el Ministeri d'Economia, i la que a l'art. 79.1 ap. a), c) i e) deia que havien de comportar-se amb diligència i transparència en interès dels seus clients, desenvolupar una gestió ordenada i prudent, cuidant dels interessos dels seus clients com si foren propis i assegurant-se de que aquests disposen de tota la informació necessària sobre els mateixos, i a mantenir-los adequadament informats, i després el RD 629/1993 de 3 de maig, va incorporar a l'efecte un Annex Codi General de Conducta que (art. 4.1) fixava com a obligació de les entitats d'oferir i subministrar als seus clients tota la

informació de que disposin quan pugui ser rellevant per a l'adopció per ells de decisions d'inversió, dedicant a cadascun el temps i l'atenció adequats per tal de trobar els productes i serveis més apropiats als seus objectius, precisant a més que la informació a la clientela ha de ser clara, correcta, precisa, suficient i lliurada a temps per a evitar la seva incorrecta interpretació, fent-ne ressò dels riscos que comporta cada operació, molt especialment quant als productes financers d'alt risc, de forma que el client conegui amb precisió els efectes de l'operació que contracta i que qualsevol previsió o predicció ha d'estar raonablement justificada i acompanyada de les explicacions necessàries per tal d'evitar malentesos (art. 5, ap. 1 i 3), ara és la nova redacció de la LMV donada per la Llei 47/2007 de 19 de desembre que transposa la Directiva 2004/39/CEE coneguda com MiFID, donat precisament el greu desequilibri estructural que es produeix en el mercat quant a la posició de les parts contractants, la que imposa específics deures a l'entitat creditícia i d'inversió en ordre a la tutela dels interessos dels seus clients exigint, a més, que es tutel·lin els interessos de l'inversor amb imparcialitat i sense avantposar els interessos propis als dels seus clients (art. 1 Codi de conducta) o (com diu l'art. 79 actual de la LMV) tractant l'interès de l'inversor com si fora el propi. Hi ha, per tant, una obligació legal d'informar plena i francament al client com a pressupost ineludible en ordre a impedir que el contracte pugui ser anul·lat per error de consentiment.

Posa l'exemple de la sent. del Tribunal Federal Alemany de 22-3-21011 segons la qual "atesa la posició de desequilibri entre les parts que entranyen els contractes de permuta financera...el banc ha d'informar clarament al client de que el perfil de risc/oportunitats entre els participants de l'aposta de tipus d'interès no és equilibrat... i haurà de garantir que el client tingui substancialment la mateixa informació i coneixement que el seu banc assessor respecte del risc del negoci, ja que

només així li serà possible adoptar una decisió auto-responsable sobre si vol acceptar l'aposta ja que...els beneficis d'una part constitueixen el reflex invers de les pèrdues de l'altre part, per la qual cosa el banc assessor es troba en un greu conflicte d'interessos"

La mateixa sentència estableix que el rellevant en aquests casos és si hi ha o no dèficit d'informació com a base de l'error invocat.

Informació que s'ha de donar de forma prèvia i al moment de contractar.

I quina càrrega probatòria és de l'entitat bancària, atès que no pot el client provar un fet negatiu (que no l'han informat) i atesa també la facilitat probatòria (qui millor que l'entitat sabrà què li ha transmès i què no).

Amb caire previ a contractar, atès el criteri de màxima transparència informativa, això exigiria que l'entitat deixés constància de totes les condicions negociades amb el seu client amb anterioritat a la signatura quant al producte de cobertura, màxim quan l'entitat és l'oferent, és a dir, s'ha d'acreditar el lliurament de documentació precontractual que faciliti tota la informació necessària. Fulletó explicatiu, explicacions i simulacions incloses d'escenaris baixistes de l'euríbor, en ampli ventall, perquè encara que en aparença es tracti de productes senzills i fórmules senzilles, estem davant de productes complexos que per a la seva comprensió ja ha deixat dit el Banc d'Espanya que es requereix una formació financera clarament superior a la que té la clientela bancària comuna.

De manera que el producte s'ha d'oferir amb el suport informatiu necessari, de forma que les entitats financeres estiguin en disposició de demostrar que, abans de la formalització, s'ha facilitat al client un document on es transmeti al client informació essencial i suficient sobre l'instrument financer, les seves característiques principals, sense omissions significatives, divent-se de considerar, en cas contrari, que la seva actuació ha estat contrària als principis de transparència i claredat que

inspiren les bones pràctiques i usos financers.

Fins al punt, fent l'esforç que calgui en cada cas, d'assegurar-se al màxim que els clients han entès la situació, que no tenen cap mena de dubte sobre les conseqüències quant a aspectes tals com que, en determinades circumstàncies, d'escenaris de tipus d'interès a la baixa, poden patir liquidacions negatives en quanties certament rellevants.

Si cal, demanant rebuts o millor còpies signades d'aquesta informació o gravar o filmar les entrevistes, encara que el transcendental serà sempre no la forma sinó l'efectiu contingut de la informació donada.

Al contracte: hi han de figurar exemples i quantificacions, escenificant numèricament les liquidacions negatives possibles.

Especialment si el perfil del client és minorista o no expert.

No essent de rebut presentar només el producte en el seu vessant de cobertura (davant situacions alcistes) perquè el swap és un instrument vàlid no solament per a protegir el client sinó també l'entitat a qui assegura el cobrament d'un determinat nivell d'interessos en escenaris baixistes.

No ho és tampoc il·lustrar el contracte amb la fórmula i el comportament de les barreres i sòls, en el seu cas, que és allò que es considera obvi, sinó concrets resultats positius i negatius. En concret, **la sentència que comentem, no molt diferent de les que ha emès aquesta secció fins avui, estableix que s'ha d'informar comunicant al client les mateixes previsions amb les que compti el banc quan a escenaris de pujada i/o baixada a curt/mig termini**

1) que només hi haurà cobertura si l'expectativa respecte de la que se li informa es compleix

2) que el contractat és un producte especulatiu que pot sortir-li bé o malament

3) i, en aquest darrer escenari, el cost que pot suposar-li.

Perquè només tota aquesta informació pot incidir i formar la decisió sobre el temps de durada del swap.

La informació rellevant quant al risc de les operacions és la relativa a la previsió raonada i raonable del comportament futur del tipus variable referencial. Només amb aquesta informació el client pot valorar amb coneixement de causa si l'oferta del banc satisfà o no el seu interès.

No és tolerable que el client s'hagi de limitar a donar el seu consentiment a cegues, fiat en el banc o caixa oferent. I com que no pot oblidar-se que hi ha un conflicte d'interessos aquí (fer negoci i alhora cuidar l'interès del client com si fora propi) s'ha de deixar clar que la ocultació de les dades quant a les previsions existents (a Bloomberg o on sigui) a que tingui accés l'entitat sobre l'evolució probable dels tipus al moment de contractar impedeix saber si aquest conflicte està ben resolt.

Evidentment no es tracta d'exigir una informació sobre una previsió encertada, simplement la veritat i tota la veritat i res més que la veritat sobre allò que sap el banc sobre la tendència a curt/mig termini. En la mesura en que si es tracta de productes ideats pel banc és lògic pensar que s'han ideat amb una prospectiva i una perspectiva de negoci per a aquest.

Considera finalment que si no es dóna aquesta informació legalment exigible i amb el contingut esmentat, pot haver-hi un **error provocat** (art. 4:103 dels Principis rectors de dret Europeu de contractes (PECL) que utilitza el TS com a text interpretatiu de les normes internes vigents en matèria de contractes -p. ex. a la sent. TS de 17-12-2008- reconeixent el dret de les parts a anul·lar el contracte quan hagi una d'aquestes sofert un error com a conseqüència de la informació facilitada per l'altra part, sempre que la part induïda a error no hagués celebrat el contracte en cas d'haver obtingut una informació adequada.

Doctrina que ha influït la redacció de la Proposta de Modernització del CC en matèria d'obligacions i contractes elaborada per la secció de dret Civil de la Comissió de Codificació el gener de 2009 i que ha redactat el

futurible text de l'art. 1298 CC d'aquesta manera "1. El contractant que en el moment de celebrar el contracte pateixi un error essencial de fet o de dret, podrà anul·lar-lo si concorre alguna de les circumstàncies següents: 1er) que l'error hagi estat provocat per la informació subministrada per l'altra part; 2on) que aquesta darrera hagi conegut o degut de conèixer l'error i fora contrari a la bona fe mantenir en ell a la part que el va patir. 2. Hi ha error essencial quan sigui de tal magnitud que una persona raonable i en la mateixa situació no hauria contractat o ho hauria fet en termes substancialment diferents cas d'haver conegut la realitat de les coses. 3. Els contractes no seran anul·lables per error quan sigui inexcusable i quan la part que el va patir, d'acord amb el contracte, hagués de suportar el risc de dit error..."

Al mateix temps, més recentment encara, la sent. TS de 20-1-2014 (EDJ 2013/Rec. 879/2012), tercera que es dicta en aquesta matèria (abans s'han dictat les sents. TS de 21-11-2012 -EDJ 2012/262627- i la de 29-10-2013 -EDJ 20123/225914-, ambdues denegatòries de la nul·litat apreciada en instància), i primera en Ple, per bé que no sobre un swap de tipus d'interès sinó d'estabilitat inflacionària, ha clarificat, en la línia exposada -que és l'absolutament majoritària de les Audiències Provincials ara mateix- un seguit d'extrems:

a) la delimitació material del servei d'inversió consistent en "assessorament financer" *versus* els supòsits de mera informació de productes o instruments financers

b) la delimitació dels supòsits en que cal el test d'idoneïtat i el de conveniència

c) l'absència de formalitats específiques per a la realització i constància del test de conveniència

d) l'eficàcia alliberadora per al banc de la comunicació realitzada al client del resultat o conclusió desfavorable sobre l'adequació o conveniència de l'instrument financer al perfil del client.

Per bé que es tracta d'un cas d'un swap contra inflació, sense subjacent de cap classe, on no està acreditat que s'hagués fet cap dels dos possibles tests, on no consten uns especials coneixements financers del legal representant de l'empresa client i on l'única informació prèvia acreditada són dos e-mails creuats on s'explica el

producte com una mena d'assegurança front la inflació, conté molta doctrina aplicable als de tipus d'interès.

Així, en primer lloc, el TS comença afirmant que la complexitat dels productes financers **propicia una asimetria informativa** en la seva contractació, circumstància que ha provocat la necessitat de protegir l'inversor minorista no experimentat en la seva relació amb el proveïdor de serveis financers.

Entén que les entitats, en comercialitzar aquests productes, deguda la seva complexitat i l'esmentada asimetria informativa, **no es limiten a la seva distribució sinó que presten al client un servei que va més enllà de la mera i asèptica informació sobre els instruments financers**, en la mesura que **ajuden el client a interpretar aquesta informació i a prendre la decisió de contractar un determinat producte**. En suma, allò que en alguna ocasió n'hem anomenat "venda assessorada".

El principi general que sembla assentar aquesta sentència, entenem, és l'aplicabilitat de la normativa MiFID a tot swap. Perquè tot swap és instrument financer.

Adverteix el TS que aquesta normativa imposa específics deures d'informació per part de l'entitat financera, que responen al principi general de que tot client ha de ser informat pel banc, abans de la perfecció del contracte, dels riscos que comporta la operació especulativa de que es tracti.

Entenem que això val també per als swaps de cobertura perquè l'element especulatiu, d'incertesa futura, aleatori, hi és també present.

Conseqüència del deure general d'actuar de bona fe (art. 7 CC i art. 1:201 dels Principis de Dret Europeu de Contractes que diu que "cada part té l'obligació d'actuar conforme les exigències de la bona fe") n'hi ha un de més específic de proporcionar a l'altra part tota la informació adient quant als aspectes fonamentals del negoci, entre ells els concrets riscos que comporti.

Quant a l'abast d'aquest deure d'informació (atesa la data del contracte, posterior a la transposició de la normativa MiFID per la Llei 47/2007) el TS no té cap dubte

en afirmar que es troba a l'art. 78 i ss. de la LMV versió Llei 47/2007 i al RD 217/2008 de 15 de febrer.

Ressalta que l'art. 79 bis regula aquests deures d'informació i que no es limiten o redueixen a que la informació adreçada als seus clients sigui **imparcial, clara i no enganyosa** (ap. 2) sinó, a més, els han de proporcionar **de forma comprensible, informació adient sobre els instruments financers** i les estratègies d'inversió, el que haurà d'incloure orientacions i advertiments sobre els riscos associats a tals instruments o estratègies (ap. 3).

Ressalta que l'art. 64 RD 217/2008 especifica encara amb més detall aquest deure d'informació i especifica que les entitats han de proporcionar als seus clients una **descripció general de la naturalesa i riscos dels instruments financers, tenint en compte particularment la classificació del client com a minorista, o en el seu cas, com a professional**. I aquesta descripció ha d'incloure **una explicació de les característiques del producte, el seu funcionament** i, en el cas de purs instruments d'inversió encara més, **els riscos inherents a l'instrument** com (ap. 2) els connexos, la volatilitat del preu, la possibilitat d'assumir l'inversor compromisos financers, qualsevol marge obligatori establert, etc.

A més **les entitats han d'avaluar els coneixements i l'experiència en matèria financera del client, per tal de precisar quin tipus d'informació se li ha de proporcionar (més aviat a quin nivell) en relació amb el producte de que es tracti i emetre un judici de conveniència o d'idoneïtat**.

El **test de conveniència** s'ha de fer conforme a l'art. 79 bis quan es presten serveis que no comporten assessorament, on el banc o caixa opera com simple executant de la voluntat del client, prèviament formada.

En suma, quan és el client que va al banc i diu "vull un swap" o quan aquest valora positivament la oferta d'un swap de cobertura de tipus...

El test valorarà els coneixements (estudis, professió) i l'experiència (freqüència i volum d'operacions que faci) financera del client per tal que l'entitat se'n faci una idea de les competències financeres que té en ordre a comprendre els riscos del producte ofert.

L'art. 73 RD 217/2008 indica que **del que es tracta és de cerciorar-**

se de que té coneixements i experiència necessaris per a comprendre els riscos inherents al producte. S'ha de tenir en compte i valorar els productes o instruments financers amb que està familiaritzat el client, la naturalesa, volum i freqüència amb que opera sobre els mateixos i el nivell d'estudis, professió actual i anteriors.

Les exigències pròpies del test de conveniència són menors que quan s'ha de valorar la **idoneïtat del producte**. El que sembla reservat als casos de pura inversió.

Segons l'art. 79bis.6 LMV el test d'idoneïtat opera **en cas que s'hagi prestat un servei d'assessorament** mitjançant una recomanació personalitzada.

Comporta un examen complet del client (test d'idoneïtat) que suma el test de conveniència a un informe sobre la situació financera (ingressos, despeses i patrimoni) i els objectius de la inversió (durada, perfil de risc i finalitat).

Recull el TS en aquesta sentència que segons la sent. TJUE de 30-5-2013 (cas Genil 48 SL -C-604/2011) que declara [par. 53] que la qüestió de si un servei d'inversió constitueix o no un assessorament en matèria d'inversió no depèn de la naturalesa del producte, de l'instrument financer, sinó de la forma en que aquest darrer és ofert al client o possible client.

De manera que (art. 52 Directiva 2006/73/CE que entén per recomanació personal una recomanació realitzada a una persona **en la seva qualitat d'inversor o possible inversor** que es presenti com a convenient per a aquesta persona o es basi en la consideració de les seves circumstàncies personals) no tindrà consideració de recomanació personalitzada si es divulga exclusivament a través de canals de distribució o va destinada al públic en general.

Sembla indicar que els swaps tipus o de cobertura, amb clàusules per a tothom idèntiques, estarien clarament fora de l'assessorament.

En aquesta línia, el TS interpreta que el TJUE entén que **tindrà consideració d'assessorament en matèria d'inversió la recomanació de subscriure un swap, realitzada per l'entitat al client, considerat com inversor o potencial inversor, i que es presenti com a convenient per al client o es basi en una**

consideració de les seves circumstàncies personals i no estigui divulgada exclusivament a través de canals de distribució (comercials) o destinada a l públic [par. 55].

I, en el cas concret, conclou que la caixa va fer una activitat d'assessorament en oferir el swap aprofitant la relació de confiança com un producte financer que podia pal·liar el risc d'inflació en l'adquisició de matèries primeres.

Li recrimina no haver fet el test d'idoneïtat del producte, que passava per informar-lo (no és molt diferent el nivell d'informació del que s'ha de donar en tot swap: dels funcionament del producte i dels riscos inherents al producte, haver-se cerciorat de que el client comprenia i assumia aquests riscos) i (específic per a situacions de pura inversió) que aquest producte era el més adient i convenient per al client atesa la seva situació financera.

Ressalta que **l'incompliment dels deures d'informació poden comportar diferents tipus de conseqüències segons el Dret intern** (el par. 57 de la sentència del TJUE recorda que l'art. 51 de la Directiva no sanciona i això dependrà del dret intern) i, reprenent la doctrina establerta en les sentències anteriors sobre swaps (en que es va denegar la nul·litat per manca de prova suficient sobre ocultació d'informació o mala representació dels efectes per part del client), el TS ens recorda que:

***hi ha error vici quan la representació mental que serveix de pressupost per a la realització del contracte** (i, per tant, per a formar una voluntat correcta), és equivocada o errònia. El que implica (per no atemptar a la seguretat jurídica del món contractual) **que la representació equivocada mereixi aquesta consideració** (segura, no una mera possibilitat, que recaigui sobre la substància de la cosa o condicions que van dur a contractar, és a dir, l'objecte o matèria pròpia del contracte -contingut i efectes típics- i essencial -s'ha de projectar precisament sobre aquelles pressuposicions que haguessin estat causa primordial de la seva celebració, causa concreta o motius incorporats a la causa, advertint que si dits motius o

mòbils no van passar, en la gènesi del contracte, de merament individuals, en el sentit de propis solament d'un dels contractants, o no es van objectivar i elevar a la categoria de causa concreta del contracte, l'error sobre ells no és rellevant com a vici del consentiment-

* Qui contracta sempre assumeix algun risc d'encertar o no en les seves representacions i aquestes representacions poden ser passades, presents o futures però en tot cas, han de ser preses en consideració en el moment de la perfecció del contracte (l'error que sorgís després seria irrellevant)

* **La representació equivocada per a ser error vici ha de ser raonablement certa i ha d'abastar tant el caire aleatori del negoci com l'entitat dels riscos assumits**, de tal manera que si el coneixement d'ambdues qüestions era correcte, la representació equivocada de quin seria el resultat no seria considerada error vici.

*Finalment, ha de ser **excusable**, recordant que la jurisprudència nega protecció a qui, emprant una diligència mitjana exigible en les circumstàncies concurrents, hauria conegut o hagut de conèixer allò que al contractar ignorava i, cas de conflicte, decanta la balança a favor de la seguretat jurídica, de la validesa del contracte.

Respecte de la **manca d'informació com a font de l'error**, la sentència del TS de 20-1-2014, alerta de que **un simple incompliment dels deures d'informació -i això val per a tot swap- no comporta necessàriament l'anul·lació del contracte. Però no alberga dubte de que, tractant-se de clients minoristes, pot incidir en la gènesi de l'error i en la seva apreciació.**

Per al cas concret, el TS afirma que l'art. 79.3 LMV en la mesura que imposa a l'entitat que comercialitza productes complexos com els swap el deure de subministrar al minorista una informació comprensible i adequada del producte en si (dels deu funcionament i efectes), el que necessàriament ha d'incloure orientacions i advertiments sobre els riscos inherents o associats al producte, demostra que aquesta informació és imprescindible a l'hora de que el client minorista pugui prestar vàlidament el seu consentiment.

De manera que el desconeixement d'aquests concrets riscos associats al producte posa en evidència que la representació mental que el client es feia d'allò que contractava era equivocada. I qualifica aquest error d'essencial.

En el cas concret, s'aprecia de forma molt clara aquest error en la mesura que no va rebre cap informació i que fou amb la primera liquidació negativa quan va passar a ser conscient del risc associat al swap contractat.

Aclareix que **el que vicia d'error el contracte és la manca de coneixement del producte contractat i dels concrets riscos associats a aquest**, no l'incompliment, el simple incompliment del deure d'informar segons l'art. 79bis.3 LMV perquè podria donar-se el cas d'un client (encara que minorista, expert inversor o coneixedor del producte).

Quant a l'abast de l'incompliment de l'obligació de fer (i fer-los bé) els tests d'adequació i idoneïtat, la sentència esmentada parteix de que sobre la base de l'apreciació legal de la necessitat que té el client minorista de conèixer el producte financer (el professional ja el coneix) que contracta i els concrets riscos que comporta associats, i del deure legal que s'imposa a les entitats financeres de subministrar a dit client una informació comprensible i adequada per a salvar l'asimetria informativa que podria viciar el contracte per consentiment viciat d'error, afirma que la normativa MiFID imposa a l'entitat altres deures que guarden relació amb el conflicte d'interessos en que incorre en comercialitzar un producte complex i, en el seu cas, la prestació de l'assessorament financer per a la seva contractació,

a) **en el primer cas, quan intervé com simple executant de la voluntat prèviament formada del client, ha de valorar els coneixements del client i la seva experiència financera** i avaluar (honestament i raonablement, s'entén -aquí el TS pressuposa que el test està ben fet vinculat com està pels fets provats d'instància-) **si és capaç de comprendre els riscos que implica el producte o servei d'inversió que ha de contractar mitjançant el test de conveniència.**

b) **En el segon cas, si el servei és d'assessorament financer, a més l'entitat ha de**

fer un informe de la situació financera del client i dels seus objectius inversors a l'efecte de poder-li recomanar o no aquest producte com a idoni.

És el cas concret que aborda la sentència. Advertint que l'incompliment d'aquest deure de fer el test d'idoneïtat constitueix una presumpció d'error i que allò que anul·la, el rellevant per a apreciar vici d'error, no és tant l'avaluació mateixa sobre la conveniència de l'operació, en atenció als interessos del client que contracta el swap, com si, en fer-ho, tenia un coneixement insuficient sobre el producte i els riscos associats a aquest. Per això l'absència de test no determina per sí mateix l'existència de l'error vici, però sí permet presumir-lo.

A la vista d'aquesta formulació cal preguntar-se: ¿en tots aquells casos en que el client no demana cap swap, en que se li ofereix no com una cobertura o no solament com una cobertura sinó com un negoci, com algunes vegades hem sentit invocar, no s'està també fent (malament, per suposat si no es fan els tests o no es fan bé) una tasca d'assessorament financer? Creiem que sí. I que, per tant, s'haurà de ser més rigorós encara en aplicar la normativa MiFID.

És una veritable fal·làcia dir que el swap crea certesa enlloc d'incertesa quan no s'informa degudament de la seva naturalesa, contingut, funcionament i abast.

Que no hi hagi una obligació reglamentària de lliurar per escrit allò que resulta exigible de la naturalesa de les obligacions (art. 1258 CC) és irrellevant. I convindrà el recurrent amb el Tribunal que els problemes de prova s'esvairien totalment si la informació provinent de guies internes, pantalles d'ordinador, etc. es plasmés en documents annexos o precedents al contracte, una còpia dels quals, signada en tots els seus fulls, acredités el dia i hora en que van ser comunicats al client. No diguem ja si una gravació d'àudio i vídeo de la sessió o sessions informatives ens permetés copsar de primera mà l'abast, profunditat i contingut de la informació donada i inferir la capacitat del receptor d'assolir-la i assumir-la.

El test de conveniència no està acreditat que s'hagi fet,

malgrat la signatura del doc. 4 de la contestació, ja que no s'ha assolit que apareguessin ni les preguntes ni les respostes que fonamenten aquesta qualificació de client experimentat que la demandant evidentment no tenia.

Per això la prova testifical quant a la informació donada resulta insuficient.

En el cas concret, cap dels declarants ha pogut demostrar haver lliurat informació gràfica efectiva a l'ara actora abans de signar.

El fet que es signés dies després no és de relleu. No es va subministrar la informació sensible vital en la forma adient i per tant s'ha de pressuposar la mala representació origen de l'error.

Cinquè. Al motiu segon, en segon lloc s'incideix novament en la prova practicada al judici per a demostrar que es va explicar bé el producte.

No es pot acollir.

Com ja s'ha establert més amunt, el que cap normativa no obligui a lliurar cap fulletó explicatiu no exclou la vigència de l'art. 217 LEC. La facilitat probatòria la té l'entitat, no pas el client, abocat a provar un fet negatiu.

Sisè. Al motiu segon, en tercer lloc s'entén que estem davant d'un error excusable basant-se en la no lectura del contracte, atesa la jurisprudència tradicional en aquesta matèria, aliena als contractes bancaris en general, en ordre a servir el principi de que l'error ha de ser seriós i cert.

No es pot acollir.

L'actora el que ha dit és que s'ho va llegir, no va entendre res i va preguntar pel significat de la clàusula d'advertiment de si podria haver de pagar i manifesta que la van tranquil·litzar perquè això no havia de succeir. És clar que hi han dues versions al respecte, però el fonamental aquí és que no s'acrediten les bases que permetrien presumir una informació vital suficient i veraç, comprensible i compresa.

Si bé és cert que no és emparable l'error que podria

evitar-se amb la mínima diligència de llegir el contracte, en casos com aquest en que no s'ha donat cap mena d'informació, tractant-se d'un contracte complex que, d'entrada, els propis Tribunals -que hem necessitat el nostre temps per a comprendre l'abast d'aquests contractes mai abans vistos- ja tenim establert que fan necessària una cultura econòmica-financera superior a la comuna dels clients de banca, no és aplicable aquesta doctrina aquells que han signat el contracte amb una breu explicació superficial, prèvia o coetània, adreçada a convèncer els clients de la bondat del producte, en que operava com un mecanisme de cobertura d'alguna forma semblant a una assegurança, quant no condicionant la celebració del subjacent a dita cobertura. I hem pogut comprovar, en d'altres litigis, com hi ha hagut directors de bancs i caixes que no han sabut explicar el funcionament del producte o l'han explicat malament en ser interrogats. Quan es tracta de contractes on la simple enumeració dels trets fonamentals del seu funcionament, sense quantificació escalada i molt ajustada a tots els escenaris possibles, fa impossible fer-se una idea cabal dels efectes beneficiosos com perniciosos, la lectura superficial o nom lectura del contracte, fiats en la rectitud i professionalitat de l'oferent, no poden ser presos com negligències excusants de l'error.

Setè. Consiudera irrellevant la recurrent el no tenir coneixements financers quant a la prova o no prova d'haver contractat amb plenitud d'informació, alhora que, amb certa contradicció, suposa que l'haver contractat abans un fons d'inversió ja és indicatiu de major facilitat comprnesiva.

L'haver contractat un sol fons d'inversió, de quantitat minsa, que fins i tot pot ser una incursió extravagant als mercats, quasi com qui juga a borsa enlloc de fer-ho a la ruleta d'un casino, no prova absolutament res. Cert que pot donar-se un cas de manca d'error i representació correcta del contracte quant a objecte i finalitat i efectes sense prèvia informació, però és molt difícil; o, dit d'una altra

forma, és molt més probable que això generi mala representació i error, com ensenya el TS. Fins al punt que es pugui entendre que cal presumir aquest error.

Tot el que aboca a haver de desestimar íntegrament el recurs i a confirmar plenament

Vuitè. Les costes del recurs s'imposen per Llei a la recurrent que ha de veure confirmada la sentència d'instància plenament (art. 398 LEC).

Decisió

Desestimem íntegrament el recurs d'apel·lació interposat per la representació de la part demandada contra la sentència dictada el 27 d'octubre de 2011 pel Jutjat de Primera Instància núm. 8 de Mataró a les actuacions de procediment ordinari núm. (Rotlle núm.) que **confirmem íntegrament**, amb imposició de costes de l'alçada a la part recurrent.

La desestimació total del recurs determina per al recurrent la pèrdua del dipòsit constituït per recórrer.

Així, per aquesta Sentència, ho pronuncia, mana i signa aquest Tribunal.

PUBLICACIÓ.- Aquesta Sentència ha estat llegida i publicada el mateix dia de la seva data pel/per la Magistrat/ada Ponent, i s'ha celebrat audiència pública. EN DONO FE.