

Letrado: OSCAR SERRANO CASTELLS
Su Ref.:
Cliente:
Contra: CAJA AHORROS Y MONTE PIEDAD NAVARRA
Mi Ref.: A116914

PEDRO MORATAL SENDRA
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
Alfambra, 14, 6º 1º
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA

NOTIFICADO 16/05/14

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm.

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 8 BARCELONA
PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°

S E N T E N C I A núm. 197/2014

Ilmos. Sres.:
Don Paulino Rico Rajo
Doña María Pilar Ledesma Ibáñez
Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a catorce de mayo de dos mil
catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima
de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento
ordinario, número seguidos por el Juzgado Primera
Instancia 8 Barcelona, a instancia de

quién se encontraba debidamente representado/a por
Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron
contra BANCA CÍVICA SA, quién igualmente compareció en legal forma
mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado;
actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso
de apelación interpuesto por la representación de BANCA CÍVICA
SA contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 15 de mayo
de 2012, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por

, contra BANCA CIVICA, S.A., declaro la nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés suscrito en fecha 5 de junio de 2007 y condeno a la demandada a la devolución del importe de 314.532,69 euros devengado y pagado hasta octubre de 2011, con más aquellos otros importes que se pudieren devengar y pagar a dicha entidad financiera hasta la terminación del procedimiento y el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda (7-11-2011) hasta la de esta resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.

Se imponen a la demandada las costas de esta instancia."

SEGUNDO. - Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de BANCA CÍVICA SA y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO. - De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que ha tenido lugar el día catorce de mayo de dos mil catorce.

CUARTO. - En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a María Sanahuja Buenaventura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -

interpuso demanda frente a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA, actualmente BANCA CÍVICA S.A., solicitando:

"1.- Se declare la nulidad del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de tipos de interés suscrito en fecha 5 de junio de 2007. Subsidiariamente, se declare la resolución del contrato por incumplimiento y la responsabilidad de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA por falta de asesoramiento e información suficiente en la comercialización del producto.

2.- Se condene, en ambos casos, a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA a la devolución de los 314.532,69 € devengados y pagados hasta octubre de 2011, más todas aquellas otras cantidades que se pudieren devengar y pagar a dicha entidad financiera desde esta fecha y hasta la terminación de este procedimiento, más los intereses legales desde la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago.

3.- Se condene a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE NAVARRA al pago de las costas judiciales causadas"

Expone que el 5 de junio de 2007 firmó con la demandada un CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS al mismo tiempo que una permuta financiera sobre tipos de interés denominado SWAP que incorporaba una opción de futuro CAP, con vencimiento el 8 de mayo de 2013, con el objeto de cubrir la exposición al riesgo de incremento del tipo de interés variable aplicable a ciertas operaciones financieras contratadas previa o simultáneamente con la misma entidad. Que es demanda es resultado de la colocación engañosa por parte de numerosas entidades financieras, entre ellas la demandada, a sus clientes de un producto complejo, de elevado riesgo para el cliente, y prácticamente nulo para el banco puesto que los analistas de los bancos y cajas daban por hecho que el Euribor estaba situado en sus máximos históricos y la previsión era una fuerte caída esperada para finales del 2008, con lo que miles de familias y empresas han sido víctimas de este engaño, pues el producto fue vendido como un seguro ante las fluctuaciones de los tipos de interés, cuando en realidad se trata de un derivado financiero de carácter independiente y de alto riesgo que sólo

puede ser vendido a personas con amplios conocimientos financieros, que en realidad sirve para proteger al banco frente a las bajadas del tipo de interés e incrementar sus beneficios. Que la UTE se constituyó el 17 de octubre de 2006 con el objeto social de ejecutar el contrato de obra pública de construcción y explotación de la

sita en la calle

, así como la explotación de la

municipal sita en la calle

Que el 8 de mayo de 2007 se constituyó un préstamo hipotecario hasta un máximo de cinco millones de euros "para financiar la construcción de una y la posterior explotación de la misma en régimen de concesión administrativa y la explotación de la concesión administrativa de otras , cuyas concesiones se hipotecan", y tras la firma de la hipoteca, el comercial de la demandada, Sr. , ofreció al director del

, Don , una "fantástica cobertura" ante la eventual subida de los tipos de interés, sin entregarle copia de las condiciones del contrato de cobertura, sin explicar con claridad qué podía pasar si los tipos de interés bajaban, ni como se podía cancelar el producto, ni los costes. Que la demandada sabía perfectamente que, a finales de 2008, los tipos de interés se desplomarían y estarían por debajo del tipo fijo establecido en el contrato durante toda la vida del mismo y hasta su total vencimiento (mayo de 2013), asegurándose así constantes liquidaciones negativas a su favor, lo que evidencia la mala fe de la demandada. Que el importe de las liquidaciones satisfecho hasta octubre de 2011 asciende a 314.532,69 euros. Que no existe equilibrio entre el riesgo asumido por el bando (fluctuaciones de un 0,28%) y el asumido por el cliente (fluctuaciones del 0 al 4,47% y del 4,75% hacia arriba). Considera que se han infringido los arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y que el consentimiento prestado nació viciado, lo que permite anular el contrato por error, puesto que tratándose de un producto financiero de alto riesgo, como la información bancaria fue prácticamente nula, hasta equívoca, el error es inexcusable, ya que es difícil que un minorista pueda vencer el error. Y destaca que el propio Defensor del Pueblo, en su informe de 2009, reflejó la "inoperancia" del Servicio de Reclamaciones del Banco de España,

y afirma que estos productos son "un seguro pensado para cubrir los riesgos de las entidades, seguro que pagaba el cliente y que mantenía los tipos de interés para la entidad y no para el propio cliente", aprobando el Senado por unanimidad, en octubre de 2010, una moción "manifestando la necesidad de mejorar la información que las instituciones financieras prestan al cliente o consumidor, especialmente ante la suscripción de productos financieros complejos".

La demandada no contestó a la demanda y se la declaró en situación de rebeldía procesal, compareciendo posteriormente antes del juicio.

La sentencia de instancia estima la demanda, razonando:

"No consta que se entregaran y firmaran condiciones generales ni particulares del SWAP. (...)

...de la escritura pública de constitución de la UTE demandante se desprende que no tendría la consideración de profesional, por lo que no puede presumirse la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos y resulta trascendental a los efectos de la pretensión ejercitada en la presente litis el cumplimiento de la obligación de información, correspondiendo a la demandada, conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la demostración de haber facilitado la preceptiva información en cuanto al tipo de producto y riesgos y consecuencias del contrato de permuta financiera, información que, tal como ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia menor, tiene especial relevancia en la formación de la voluntad del cliente, dado que se trata de un producto financiero complejo cuya comprensión y correcta valoración requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general (SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 y SAP de Alava de 18 de enero de 2011, entre otras).

Al ser interrogado, el representante de la demandada manifestó que era la primera operación que concertaban con la UTE y a pregunta de si, en aquella época, era un producto novedoso contestó afirmativamente. Sobre si preguntó a los responsables si tenían experiencia en este tipo de productos o les apercibió, dijo que creía que, por los cargos que tenían en Agrupación Mutua, accionista de la UTE, y por formación tenían conocimientos para conocer "al dedillo", que no podía tratarse a la demandante como a un minorista o a un particular y que las negociaciones las llevaron a cabo con el Sr. , gerente del

Asimismo, el Sr. manifestó que el producto no se comercializa como cobertura de riesgo sino de tipo de interés, que la UTE paga el 4,47% si el interés está por debajo del 4,75%, que si está por encima de ese tipo el cliente paga la diferencia de nuevo y que la cobertura de Caja Navarra es de un 0,28% (entre el 4,47% y el 4,75%).

Del interrogatorio de la demandada resulta, pues, que la diferencia entre el riesgo asumido por la actora y el de la Caja es notable. No obstante, el Sr. manifestó que no era desequilibrado porque el gasto financiero calculado por la UTE era del 5,5%, que el producto sirve para controlar el gasto financiero y que no existe vinculación entre la cobertura y la hipoteca. Asimismo reconoció que no se informó al cliente de la previsión de los futuros tipos de interés, que le solicitaron "desmontar la operación" y que no es posible, que no se puede cancelar porque hay que sacar el producto al mercado y es difícil que alguien lo compre.

De la testifical del Sr. y del Sr. , así como de la documental presentada con la demanda, resulta que la demandada identificó el contrato como una "cobertura del tipo de interés", lo que da a entender que tiene la finalidad de evitar mayores costes en caso de subida de tipos de interés, lo cual no es totalmente cierto, por cuanto en el supuesto de bajada de los tipos de interés podía suponer un coste muy elevado para la demandante, tal como ocurrió en este caso y así se desprende de las liquidaciones

presentadas.

En línea con lo alegado en el escrito de demanda, al ser interrogado, el testigo Sr. manifestó que la demandada, a través de Don , les ofreció la contratación del producto objeto de la presente litis como una forma de obtener una estabilidad financiera en un momento en que los intereses subían, que no le explicó que si el interés bajaba por debajo del 4,47% tendrían que pagar liquidaciones a la entidad financiera, que entendió que si el interés bajaba ellos se beneficiarían, que se basó "en la confianza" y que no había visto anteriormente contratos de ese tipo. Que el Sr. decía que el tipo de interés subiría, que firmó el contrato sin conocimiento previo del producto y que le prometieron que el producto cubría desviaciones, que no tendría que pagar más.

No consta la firma de condiciones generales ni particulares del swap sino únicamente la del documento de confirmación (doc. 4 de la demanda). Este no contiene descripción de los riesgos ni mención expresa no sólo a la posibilidad de reducir e incluso anular el beneficio económico esperado sino también a la posibilidad de importantes pérdidas económicas derivadas de liquidaciones negativas con saldo deudor para el cliente en caso de bajada del tipo de interés de referencia. Tampoco contiene ejemplos prácticos de liquidaciones positivas y negativas ni explicaciones complementarias, ni consta que se dieran de otro modo, por lo que resultaba prácticamente imposible entender el funcionamiento del contrato más allá de la esperada cobertura, máxime teniendo en cuenta que en la fecha en que se suscribió era un producto novedoso, y así lo reconoció el representante de Banca Cívica al ser interrogado, por lo que los conocimientos financieros que, por su formación, pudiera tener el Sr. Solanellas, a falta de acreditación del conocimiento concreto del funcionamiento del contrato de permuta de tipos de interés, carecen de relevancia a los efectos de esta litis, pues la demandada debió informar a la actora de forma clara y precisa sobre la naturaleza, riesgos del producto, su componente especulativo y las posibles consecuencias negativas del swap y no consta que lo realizara.

Por otra parte, tampoco se ha acreditado que informara a la UTE de las posibles dificultades y elevado coste que le podía suponer la resolución anticipada del contrato que, según el Sr.

, podían ascender a 280.000 euros, habiendo sido reconocido por el representante de la demandada la práctica imposibilidad de poder cancelar anticipadamente el contrato, por el nulo interés que podrían tener los inversores en "adquirirlo".

Por todo ello, habiéndose infringido por la demandada el deber legal de información, especialmente exigible en el presente caso atendiendo a la naturaleza y componente especulativo del producto, procede apreciar la existencia de vicio del consentimiento, de error excusable por parte de la actora, por cuanto no consta que sus legales representantes tuvieran conocimiento previo derivado de la contratación anterior de ese tipo de producto, y es un error sobre la esencia de lo pactado que, conforme a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil, invalida el contrato, por lo que procede la estimación de la demanda y la consiguiente declaración de nulidad del contrato, sin que quepa apreciar confirmación tácita por el cobro y el pago de liquidaciones, por cuanto del interrogatorio de la demandada y de la testifical practicada a instancias de la actora se desprende que no existió conformidad, por lo que procede la restitución de los importes satisfechos, con más los intereses de los arts. 1108 del Código Civil desde la presentación de la demanda y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago."

SEGUNDO..- La representación de BANCA CÍVICA, S.A. expone en su recurso que la sentencia de instancia realiza una errónea valoración de la prueba, porque no valora el contenido del contrato, en el que se explica el funcionamiento del producto; porque no considera los actos de la actora que no manifestó queja o reclamación alguna (art. 1309 CC); y porque prescinde del reconocimiento del Sr. , firmante del contrato en representación de la actora, quien admitió tener amplia formación y experiencia financiera. También afirma la recurrente, por lo que

- autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas

se refiere a la información de los pretendidos "riesgos", que éstos resultan inexistentes, en la medida en que lo que persigue el producto es la estabilización del coste financiero de la operación de préstamo hipotecario a un tipo fijo. Considera improcedentes las referencias que hace la sentencia recurrida a la Ley del Mercado de Valores, antes o después de su modificación en diciembre de 2007, y ello porque los contratos de cobertura de tipos de interés no constituyen un producto de inversión, cuando se trata de un producto vinculado a un préstamo hipotecario, y así lo consideran el Banco de España y la CNMV. Afirma que no ha habido error en la sustancia del contrato al momento de su celebración por lo que no cabe hablar de vicio del consentimiento, porque la demandante no ha conseguido demostrar, y a ella correspondía (art. 217 LEC) la existencia de alguna maquinación insidiosa por parte de la recurrente, ni que el error recaiga sobre algún elemento esencial del contrato, sin que el coste de cancelación constituya un elemento esencial, ni que dicho error no hubiera podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media para una persona jurídica.

TERCERO.- Debemos partir de las consideraciones generales sobre el error vicio que resume la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11- 2012:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "pacta sunt servanda" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad

o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal calidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

CUARTO.- En relación a los swaps esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otros supuestos. Así, en la SAP secc. 17, de 19 de Julio del 2012 (Ponente LEDESMA) se decía:

"...aunque el swap es un producto financiero concebido en su origen con un fin especulativo, en muchos casos, como parece serlo el presente a juzgar por las manifestaciones recogidas en la correspondencia electrónica reseñada, los clientes de entidades financieras que adquirieron un swap no lo hicieron con una finalidad económica especulativa, sino que se trataba de operaciones de garantía o cobertura mediante las que se pretendía intercambiar los compromisos de pago futuros derivados de operaciones de financiación, como, por ejemplo, de un préstamo hipotecario, con la pretensión, por parte del cliente, de aminorar los riesgos de la variabilidad al alza de los referentes externos tenidos en cuenta en tales operaciones de financiación. Ahora bien, esta ausencia de finalidad especulativa no altera la naturaleza jurídica del contrato como instrumento financiero de alto riesgo, esto es, ni priva al swap de su condición de tal, ni de su carácter aleatorio y, con ello, de su condición de producto de riesgo dada la variabilidad de sus consecuencias (...)

"Como ya hemos tenido ocasión de señalar en resoluciones precedentes de esta misma Sala sobre la materia, la aplicación de dicha normativa (relativa a los contratos financieros) comporta dos consecuencias jurídicas fundamentales que resultan relevantes en el presente caso.

La primera de ellas es que permite calificar la permuta financiera como contrato "complejo" desde un punto de vista legal, es decir, no sólo como consideración doctrinal o judicial. De todos modos, dicha complejidad venía siendo mayoritariamente apreciada por las resoluciones judiciales; estas vienen considerando que en dicho tipo de contratos existen elementos contractuales (tanto relativos a su funcionamiento como también al coste de su cancelación anticipada) que no resultan nada evidentes y que determinan que sólo puedan ser bien comprendidos y asumidos por quienes tengan amplios conocimientos financieros; o, por decirlo en términos de la SAP de León de 5 de marzo de 2012, "cuyo comportamiento y riesgos solo pueden ser comprendidos y asumidos con conocimiento por personas avezadas en la contratación de productos complejos en el

ámbito financiero, o en su caso, previa las oportunas y comprensibles explicaciones, y después de hacerse por parte del banco las comprobaciones de que el cliente reúne las condiciones de idoneidad que se requieren normativamente para la contratación de dichos productos". (En parecidos términos, vgr, SAP de Salamanca de 2 de marzo de 2012, de Zaragoza de 19 de marzo de 2012 , entre muchas otras).(...)

La segunda consecuencia jurídica de la aplicación de las citadas normas a este tipo de contratos determina la exigibilidad a quien los ofrece en el mercado de las especiales obligaciones informativas que se prevén en tales textos legales y que, en líneas generales, tienden a imponer a las entidades que ofrecen estos productos financieros una conducta informativa que permita asegurar que el cliente adopta sus decisiones con pleno conocimiento de causa.

Así, el art. 79 bis de la LMV indica literalmente que:

- "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañoso. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.
3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido

un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales,

que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado."

Estas exigencias, tanto de necesidad de información al cliente, como de valoración de sus conocimientos en materia de productos financieros complejos así como de idoneidad para contratarlos, han sido reglamentariamente desarrolladas por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. El artículo 64 de esta norma, en su parte relevante, indica que:

"1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.

2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea

justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a. Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b. La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c. La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d. Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.".

Las anteriores normas determinan, además, que corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos, es decir, como señala la SAP de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde "a quien se ampara en la realidad de dicha información" (Vid. también SAP Asturias 21 de noviembre de 2011 o de Burgos de 7 de marzo de 2012)."

QUINTO. – En el supuesto que nos ocupa son de plena aplicación las consideraciones anteriores, y debidamente aplicadas por la resolución recurrida, cuyos razonamientos, en gran parte trascritos, hacemos enteramente propios, pues no han sido desvirtuados por la argumentación realizada en el recurso.

Partimos de la plena aplicación de la LMV citada, puesto que se

trata de un contrato especulativo en función de la evolución del Euribor, que no es un contrato de cobertura. Y los contratos de permuta financiera de tipos de interés se incluyen en el ámbito de los instrumentos de inversión, y son independientes de los préstamos previamente concertados.

Se hace evidente también en este caso la afirmación citada por la actora del informe Defensor del Pueblo, de 2009, de que estos productos son "un seguro pensado para cubrir los riesgos de las entidades, seguro que pagaba el cliente y que mantenía los tipos de interés para la entidad y no para el propio cliente", pues la CAJA asume una cobertura del 0,28%, mientras que la UTE asume la que va del 0 hasta el 4,47%, y del 4,75% hacia arriba.

La UTE se constituyó con el objeto de ejecutar el contrato de obra pública de construcción y explotación de la sita
en la calle , así como
la explotación de la sita en la calle

. El Gerente que firmó el contrato en 2007, el Sr. , reconoció su experiencia empresarial en el ámbito de los deportes, pero no "formación y experiencia financiera" como se indica en el recurso, pues como indica la recurrida de haber tenido experiencia en el campo financiero nunca hubiera suscrito un producto con tanto riesgo. Ni siquiera se entregó al Sr. las Condiciones del Contrato donde se describe el producto y se definen las características de la permuta financiera. Debe afirmarse que la UTE es un cliente minorista y no profesional de conformidad con el artículo 78 bis de la Ley de mercado de valores, pues no le son atribuibles ninguna de las notas características de los clientes profesionales (aquellos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos), ni se trata de ninguna de las entidades que enumera como cliente profesional este precepto, a saber, "c) los empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de

euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros;”

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en resoluciones de fechas 3-6-2009, 23-6-2009 y 24-6-2009, ha concluido que para la comprensión y correcta valoración de contratos de este tipo se requiere una formación financiera claramente superior a la que posee la clientela bancaria en general.

La normativa mencionada exige respecto a la obligación de información de las entidades financieras, dada la complejidad de este mercado y el propósito de que se desarrolle con transparencia, que esta se cumpla especialmente en la fase precontractual con explicaciones exhaustivas y detalladas, folletos o documentos informativos y ejemplos sencillos o simulaciones de liquidaciones, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que debe ser exacta, imparcial, clara y no engañosa.

Resulta difícilmente creíble que en escaso tiempo un cliente minorista como la actora, representada por su administrador, alcanzara a comprender el funcionamiento del producto, su alcance y sus riesgos. No se prueba la razón por la que el cliente elegiría este instrumento, que le priva del beneficio de la bajada de los tipos de interés, y si bajan los tipos tiene que pagar más.

Por el contrario, las entidades de crédito tienen conocimiento de informes y de las tendencias del mercado económico y financiero nacional e internacional y en base a ello ofrecen determinados productos. Así, según el Informe de proyecciones de la economía española del Banco de España de diciembre de 2007, “la tasa de inflación -a la que se refiere el contrato de permuta financiera (swap inflación)- disminuirá a lo largo de 2008, de modo que en el cuarto trimestre se situaría por debajo del 3%” y se añade que para el 2009 se proyecta una disminución significativa del deflactor del consumo privado, hasta el 2,3%. En cuanto a los tipos de interés a corto plazo (medidos por Euribor a tres meses) se prevé un perfil descendente, de modo que se situaría, por término medio, en el 4,3% en 2008 y en el 3,7% en el 2009. Y este Informe del Banco

de España, así como los informes de la Fundación de las Cajas de Ahorros (FUNCAS) dedicada a la investigación económica y social, acompañado por la actora (dto. nº 8), que también realiza previsiones a la baja del Euribor para el 2008, sin duda los debía conocer la demandada, sin que informara de ello al cliente, sino que por el contrario le indicó que los tipos de interés no disminuirían.

La base del error de consentimiento de la actora fue que la demandada la llevó a hacerse una representación equivocada de las condiciones de fluctuación de los tipos de interés, de la que era principal conocedora, que le indujo a celebrar un contrato en el que sólo había certeza de pérdida para el cliente, y en modo alguno podía cumplir la finalidad que pretendió alcanzar la actora al suscribirlo, protegerse del riesgo de subida de los tipos de interés, pues todos los indicadores eran de descenso. Ello no procede encauzarlo en la existencia de un riesgo razonable y aleatorio en función de las subidas o bajadas de los indicadores tomados en consideración en los contratos, sino más bien en una previsión de ingresos seguros para las entidades de crédito ante los pronósticos conocidos por ellas.

La demandada no cumplió con las exigencias legales, no informó a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características de un contrato que se caracterizaba por su alto riesgo, dependiente de la evolución del mercado, y que, por su propia naturaleza, entrañan operaciones complejas, y no tanto por las reglas de cálculo a aplicar sino por las variables que inciden en las mismas, y ello cuando sobre todo se trata de una empresa minorista, sin experiencia en la contratación de productos del tipo del concertado, por lo que su responsable no comprendió al tiempo de firmar el contrato las consecuencias del mismo. Ello supuso un error al prestar su consentimiento con aptitud suficiente para invalidarlo. Un error esencial, puesto que afecta a la obligación principal del contrato (el pago en función de la relación entre la inflación y la referencia), al cálculo de su importe, y la característica de alto riesgo del mismo. Y un error excusable, pues se trata de un contrato

complejo para el empresario medio (que debe entenderse como aquel que no se dedica a los mercados de inversión), que tiene conocimientos del sector profesional al que se dedica y que se encuentra en una situación similar a cualquier otro ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario, sin contar con específicos conocimientos en la materia y sin ser informado por la entidad financiera de manera transparente y suficiente. Y todo ello determina la nulidad del contrato por error en el consentimiento, como se razona en la sentencia de instancia.

La situación creada por este tipo de contratos llevó, como acredita la actora, a que el Senado aprobara por unanimidad, en octubre de 2010, una moción "manifestando la necesidad de mejorar la información que las instituciones financieras prestan al cliente o consumidor, especialmente ante la suscripción de productos financieros complejos".

SEXTO. - Por todo lo anterior, debe ser desestimado el recurso planteado, confirmada la resolución recurrida, con condena en costas del recurso al recurrente (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

F A L L A M O S

DESESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de BANCA CÍVICA S.A., CONFIRMAMOS la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Barcelona, el quince de mayo de dos mil doce. En cuanto a las costas del recurso se imponen al recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION..- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.