

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

**SECCIÓN DECIMOSEXTA**

Rollo número

Órgano judicial de origen: Juzgado 1<sup>a</sup> Instancia número 25 de Barcelona

Procedimiento: Juicio Ordinario número

**SENTENCIA NÚMERO 360/2014**

Ilmos. Sres.

DON JORDI SEGUÍ PUNTAS  
DON JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO  
DON FEDERICO HOLGADO MADRUGA

En Barcelona, a catorce de julio de dos mil catorce.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número , tramitados por el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Barcelona, a instancia de la mercantil , representada en esta alzada por el Procurador Don Francisco Toll Musteros, contra la entidad “CATALUNYA BANC, S.A.”, representada en esta alzada por el Procurador Don Antonio María de Anzizu Furest; autos que penden ante esta Sección en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de “CATALUNYA BANC, S.A.” contra la sentencia dictada por dicho Juzgado en fecha 16 de julio de 2012.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia número 25 de Barcelona dictó sentencia en fecha 16 de julio de 2012, en los autos de juicio ordinario número 916/2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Que estimando íntegramente la demanda promovida por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de , contra “Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, S.A.”, debo declarar la nulidad del contrato de operaciones financieras y de su anexo operación de permuta financiera de tipos de interés con importe nominal fijo (swap sobre tipos de interés) de fecha 13 de junio de 2008, suscritos entre las partes, condenando a la entidad demandada a la devolución de 850.084,28 euros, más las cantidades que se pudieran devengar y pagar hasta la terminación de este

procedimiento, más los intereses legales desde la interposición de esta demanda.

Se imponen a “Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, S.A.” las costas causadas en esta instancia”.

**SEGUNDO**.- Contra dicha sentencia se formuló recurso de apelación por la representación de “Catalunya Banc, S.A.”. Admitido el recurso, se dio traslado a la parte contraria, que se opuso. Seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, donde, tras ser turnados a esta Sección, y tras los trámites correspondientes, quedaron pendientes para deliberación y decisión, que tuvieron efecto en fecha 24 de abril de 2014.

**TERCERO**.- En el procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el magistrado DON FEDERICO HOLGADO MADRUGA.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

### **PRIMERO.- Antecedentes del debate**

Sostenía pretensión la parte actora en la demanda inicial interesando que se declarase judicialmente la nulidad de dos negocios jurídicos suscritos con la demandada “Catalunya Banc, S.A.”: primero, el contrato sobre operaciones financieras firmado en fecha 13 de junio de 2008; y segundo, el contrato denominado “permuta financiera de tipos de interés con importe nominal fijo”, suscrito también con la demandada en la misma fecha.

Se invoca como causa de la pretendida nulidad el error en el consentimiento prestado por la administradora de , error que se pretende relacionar, en esencia, con la falta de información previa con respecto al producto comercializado, y en especial en lo concerniente al riesgo financiero que entrañaba y al coste que supondría para el cliente la cancelación anticipada de la operación, cuya duración se fijó en cinco años.

La representación de “Catalunya Banc, S.A.” se opuso a la pretensión deducida de adverso manteniendo que la contratación habida fue libre y voluntaria entre las partes y que la entidad demandada suministró a la administradora de la actora la información necesaria y suficiente para conocer de antemano los términos de la operación, sus características, naturaleza y riesgos económicos que llevaba, lo que descarta la apreciación de ignorancia o error susceptibles de viciar la prestación del consentimiento.

El magistrado de instancia estimó íntegramente la demanda argumentando, en esencia, que la entidad demandada, con infracción de la normativa relativa a los instrumentos financieros y mercados de valor, no informó previamente al cliente, en la medida necesaria, sobre las características del producto contratado, lo que, anudado a la compleja redacción de los documentos contractuales proporcionados, impidió a la responsable de conocer con exactitud los riesgos

inherentes al repetido producto.

La representación de “Catalunya Banc, S.A.” insiste en su recurso en que el *swap* suscrito por las partes no se caracteriza por su complejidad y que en los documentos entregados al cliente se especificaban con nitidez, y con términos claros e inteligibles, sus características, naturaleza y riesgos. Postula la inaplicabilidad de la normativa sobre mercados de valores -no se concibió como un producto especulativo, sino destinado a estabilizar los costes financieros de un contrato de préstamo también suscrito por , y agrega que, en todo caso, el error que pudiera haber padecido la administradora de la actora no sería excusable, puesto que precisamente por ostentar aquella condición le era exigible una superior diligencia, y además habría de estimarse que el contrato fue tácitamente confirmado desde el momento en que durante dos años la sociedad actora no formuló objeción alguna sobre su validez.

#### **SEGUNDO.- Notas configuradoras de los contratos de permuta financiera de intereses**

El contrato cuya nulidad se impone presenta los rasgos genéricos de un contrato *swap* o de permuta financiera de tipos de interés, que se define como aquel en cuya virtud las partes contratantes acuerdan intercambiar, sobre un capital nominal de referencia, los importes resultantes de aplicar un coeficiente o tipo de interés diferente para cada una de ellas durante un plazo de tiempo determinado.

Las condiciones del contrato de *swap* suscrito entre las partes litigantes pueden resumirse, a la luz del documento adjuntado a la demanda como número 3, en los siguientes términos: se fija un tipo variable de referencia, concretado en el euríbor a tres meses, cuya aplicación sobre el importe nocional (8.620.000 euros), determina la suma que debe abonar el banco al cliente; por su parte, el importe que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria es el resultado de aplicar, sobre el mismo importe nocional, un tipo fijo, pactado en el 5,15%. Las liquidaciones se habrían de practicar cada tres meses, y arrojaron los resultados que se reflejan en los documentos números la demanda, de los que se infiere que ya desde el principio las liquidaciones devengaron un saldo negativo para , que, a fecha 16 de septiembre de 2011, alcanzó un acumulado de 850.084,28 euros.

Los contratos de permuta financiera de intereses, en sus diversas modalidades, gozan de una gran implantación en el tráfico mercantil actual, y su realidad ha sido reconocida por el art. 2 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores. Su finalidad no es otra que la gestión y cobertura de riesgos financieros relacionados con ellos, por lo que son contratos generalmente asociados a otros -aunque nada impide su funcionamiento autónomo, hipótesis en la que se acentúa su carácter especulativo-, de suerte que posibilitan a las empresas o particulares la cobertura o mejora de la deuda financiera -convenida con frecuencia sobre la base de la aplicación de intereses de tipo variable- ante las frecuentes variaciones experimentadas en los mercados financieros por los tipos de interés.

Constituye hecho notorio que quienes han demandado judicialmente la nulidad de este negocio invocan con frecuencia haber padecido en error, inducidos por la entidad bancaria que les ofertó el producto, al hallarse en la creencia de que

se trataba de un seguro gratuito de tipos de interés, que les cubría en sus otras operaciones de hipotéticas subidas de los tipos de interés y les permitiría pagar un tipo fijo en sus operaciones a interés variable. Pero el *swap* no es un seguro, siendo así que su operativa implica la sucesión de diversas liquidaciones periódicas que pueden ser positivas o negativas, además de no cumplir siquiera con uno de los principales y más básicos requisitos del contrato de seguro, como es el pago de la prima inicial (art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro). Dado que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros, la nota de la aleatoriedad es también resaltable característica de tal clase de contratos, pero la doctrina rechaza la aplicación del art. 1.799 Código Civil atendiendo a que la finalidad del contrato no es en sí la especulación, sino la mejora de la estructura financiera de la deuda asumida por una empresa o un particular y su cobertura frente a las fluctuaciones de los mercados financieros y que, como se ha dicho, su causa reside en el sinalagma recíproco de las prestaciones a que se obligan a los contratantes.

**TERCERO.- Normativa aplicable a los contratos de permuta financiera de interés**

El contenido contractual de esta clase de contratos, en el que se incluye copiosa terminología propia del mundo financiero e ininteligible con frecuencia para un ciudadano medio, ha llevado al legislador a considerar que las permutas relacionadas con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos constituyen “instrumentos financieros derivados”, que además deben considerarse “productos complejos”, por contraposición a los “productos no complejos” (artículos 2.2 y 79 bis, apartado 8, LMV).

Es imprescindible por ello fijar de antemano cuál sea la concreta normativa sectorial aplicable a la permuta financiera litigiosa como presupuesto para la evaluación de la conducta del banco oferente en la fase previa a la firma del contrato. Constituyendo las permutas financieras un instrumento complejo, para su comercialización debe observarse la normativa protectora informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo, no meramente la normativa bancaria.

Debe significarse que la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), si bien entró en vigor a partir del 1 de mayo de 2004, no exigía de los Estados miembros la plena aplicación de sus disposiciones hasta el 1 de noviembre de 2007 (la Directiva 2006/31/CE estableció ese plazo). España no cumplió escrupulosamente dicho plazo ya que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entró en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año.

En conclusión, los contratos de permuta financiera anteriores al 1 de noviembre de 2007 se rigen por el contenido primitivo del artículo 79 LMV, así como por el artículo 16 del Decreto 629/1993. Las permutas financieras contratadas entre el 1 de noviembre y el 21 de diciembre de 2007 habrán de sujetarse a las normas de la Directiva MIFID, en tanto que a las permutas posteriores a esta última

fecha les serán de aplicación los artículos 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción vigente tras la reforma parcial operada por la Ley 47/2007, y normativa de desarrollo, en particular el Real Decreto 217/2008, en vigor desde el 17 de febrero de ese año.

Aparte de la sujeción de todos esos contratos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación y, en caso de que el cliente bancario actuase en calidad de consumidor, a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. No es el caso que se enjuicia, porque no resultan aplicables a la empresa "Cercle, S.A." las previsiones contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y ello desde el momento en que su art. 2 dispone que esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, y define el concepto de consumidores o usuarios, en su art. 3, como las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Conforme a ello, ha de insistirse que la actora carece de la condición de consumidor o usuario y, consecuentemente, no es sujeto protegido por aquella legislación especial porque el consumidor o usuario actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros, siendo así, en el supuesto que se debate, que la concertación del contrato de permuta financiera de intereses, por su objetivo de protección frente a las subidas de tipos que pudieran afectar a las operaciones contratadas por -en la demanda inicial se menciona la concertación de un préstamo para la adquisición de un inmueble, por importe de 11.400.000 euros-, se inscribe, obviamente, en la actividad empresarial, comercial o financiera de la repetida sociedad. Desde esta perspectiva parece evidente que las ganancias que esperaba obtener la empresa actora con la permuta financiera convenida con "Catalunya Banc, S.A." no perseguía sino mejorar su capacidad económica, lo que a la postre, se hubiera reflejado en su cuenta de resultados, con la consiguiente mejora de su rendimiento financiero y empresarial.

Se matiza finalmente, a propósito de la alegación de la demandada acerca de la inaplicabilidad de la normativa sobre mercado de valores -se aducía al respecto que tal normativa está reservada a los productos financieros de finalidad especulativa, con exclusión de los que cumplen una estricta función de cobertura-, que esta Sección, en su sentencia de 11 de marzo de 2014, ya rechazó aquella argumentación por cuanto la propia redacción del artículo 79 quater LMV revela que una permuta de tipos de interés continúa siendo "un servicio de inversión", aparte de que carece de sentido la interpretación normativa sustentada por "Catalunya Banc, S.A." desde el momento en que es contrario a la finalidad protectora del inversor minorista que inspira la Directiva MIFID y su ley interna de transposición entender que la sola contratación de una financiación de consumo sujeta a los estándares europeos de transparencia y protección del cliente bancario dispensa a la entidad de crédito del cumplimiento de los estándares de protección del inversor si posteriormente se vincula a aquel contrato principal un instrumento financiero derivado a modo de cobertura.

En todo caso, la afirmación sobre la naturaleza no especulativa del *swap* concertado entre los litigantes queda en entredicho si se considera el apreciable lapso temporal que separa la suscripción del contrato de préstamo (14 de septiembre de 2007) y el de permuta financiera de intereses (13 de junio de 2008), y la falta de coincidencia entre el importe de cada uno de ellos (11.400.000 euros el primero y 8.620.000 euros el segundo), a lo que ha de agregarse, como se apunta por la representación actora, que la fijación de un importe nocial fijo determina una definitiva desvinculación entre ambos negocios, pues ni las amortizaciones parciales del préstamo, mediante el abono de las cuotas periódicas pactadas, ni su eventual amortización total anticipada comportan modificación alguna desde la perspectiva de la subsistencia del *swap*, de su capital nocial y de las obligaciones a él inherentes, cuya vigencia se mantendría íntegramente, por tanto, con independencia de las vicisitudes del préstamo, con lo que queda desmentida la afirmación de la demandada acerca del “efecto neutro” del negocio.

**CUARTO.- El deber legal de información en los contratos de permuta de interés**

La pretensión de nulidad del contrato de *swap* se formula por la representación de . . . a partir de la invocación de la infracción, por parte de “Catalunya Banc, S.A.”, de un amplio abanico de preceptos legales contenidos en la normativa específica sobre inversión y mercado de valores, infracción que, a juicio de la demandante, determinó un error en la prestación del consentimiento que comportó que su representante legal no percibiera la dimensión real del contrato de *swap* y, especialmente, el riesgo financiero que entrañaba. Tal consecuencia se imputa a “Catalunya Banc, S.A.” por no haber informado con exactitud al cliente sobre las características del producto financiero contratado y por la compleja redacción del clausulado contractual.

Es indudable la relevancia que, en el ámbito de los contratos de carácter financiero, se otorga por la jurisprudencia y por la normativa aplicable al esencial derecho de información del cliente, cuya vulneración se viene catalogando como vicio determinante de error en el consentimiento. Doctrina y jurisprudencia entienden que es a la entidad bancaria a quien probatoriamente incumbe la demostración del cumplimiento de aquel derecho del cliente, y ello en virtud de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria a los que se refiere el párrafo 7º del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues parece evidente que es la propia entidad financiera la que goza de mayor accesibilidad a aquella fuente de prueba.

Viene manteniendo esta Sección en sus últimas resoluciones que el hecho de que las permutas financieras constituyan productos complejos indica que la libre y válida prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión o -como es el caso- directamente una entidad de crédito, y del cumplimiento de las restantes obligaciones legales precontractuales.

Si no hubo información de ninguna clase o si la información no es adecuada o bastante o, en fin, si la información no cubre las exigencias del control de inclusión

previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, cabrá apreciar un error excusable en la formación de la voluntad del cliente inversor, razón bastante para la invalidación del contrato con arreglo a los artículos 1266 y 1300 CC, bien entendido que el error no opera sobre los motivos subjetivos que impelen a cada contratante a actuar, sino sobre la base del negocio o función económico-social del mismo (STS 13 de mayo de 2009) y que resulta inexcusable el error que pudiera haberse evitado con el desarrollo de una diligencia media o normal (SSTS 6 de mayo y 10 de junio de 2010).

La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, alude en su art. la necesidad de establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y de dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación; de imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito; y de determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información precontractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores -que, como se dijo, menciona expresamente, entre los instrumentos financieros sometidos a su ámbito, los contratos de permuta financiera de tipo de interés-, enuncia en sus arts. 78 y siguientes un amplio elenco de deberes que se asignan a las entidades financieras, entre ellos el de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. El art. 79 bis desarrolla aquel derecho a la información del cliente; se destacan, por lo que ahora interesa, los dos siguientes aspectos:

a) Se proporcionará a los clientes, 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. 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 (apartado 3).

b) Cuando se presten servicios distintos de los de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos 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 esta 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 (apartado 7).

La redacción de aquellos preceptos procede de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo objeto estribó en incorporar al ordenamiento jurídico español, entre otras, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 24/1988, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008-, vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar, como reglas de comportamiento más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

También el art. 64 del R.D. 217/2008, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, desarrollando las normas contenidas en la Ley 24/1988, dispone en su párrafo 1º que “las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”. El párrafo 2º de la misma norma añade que “en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la

inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos.

Toda la citada normativa en materia de información se justifica, como se destaca en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, porque ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.

La misma resolución subraya que para entender bien el alcance de la normativa MIFID, de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, se ha de partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, cuyo art. 1:201, bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

**QUINTO.- Grado de cumplimiento, por parte de la entidad bancaria demandada, de su deber de información sobre el producto contratado**

Un análisis detenido de la documentación incorporada a las actuaciones y demás pruebas practicadas arroja la conclusión, coincidente con el magistrado de instancia, de que no puede estimarse en modo alguno que la entidad "Catalunya

Banc, S.A.” haya cumplido satisfactoriamente la carga procesal que le incumbía en lo concerniente a la prueba de que proporcionó al cliente, antes de la suscripción del contrato, la información exigida legalmente. Ya se dijo que el contrato de permuta financiera de intereses, por su sofisticación, por su novedad en el mercado, y, especialmente, por el alto riesgo financiero que encierra, exige el suministro por parte de la entidad bancaria de la información necesaria para que, de forma exhaustiva y minuciosa, se haga conocedor al cliente de sus características, naturaleza y consecuencias.

Sin embargo, ha de reiterarse que se cuenta con los indicios necesarios para estimar que la repetida información no se proporcionó en tales términos y condiciones. El documento contractual esencial está constituido por el anexo aportado como documento número 3 de la demanda, rotulado, como se dijo, “operación de permuta financiera de tipos de interés con importe nominal fijo”. Es cierto que dicho documento incorpora, aunque de forma muy somera, los aspectos básicos del contrato y los distintos supuestos de liquidación en los términos que han quedado expuestos, pero no lo es menos que se omite toda referencia a las características del instrumento, especialmente al alto nivel de riesgo económico a él inherente y a las consecuencias derivadas de una eventual cancelación anticipada.

Aquellas omisiones se pretenden inicialmente salvar por la entidad bancaria apelando al contenido del último pasaje del contrato de *swap*, bajo la intitulación “aviso importante”. Se reseña literalmente en la referida cláusula que “(...) de manera específica manifiesta el cliente en este acto que es consciente de que en el supuesto de que bajaran los tipos de interés podría ocurrir que el tipo fijo pagado por el cliente en algún periodo de cálculo fuera superior al tipo variable recibido por el cliente y por tanto el cliente acabaría teniendo un coste financiero superior en dicho periodo comparado con la alternativa de no haber contratado la operación” (sic).

Tal es la única alusión que al riesgo de la permuta financiera se introduce en la documentación entregada por la entidad bancaria -a salvo lo que se razonará acerca de la etérea e intrascendente mención al elemento del riesgo que se incorpora en la estipulación cuarta del contrato sobre operaciones financieras-, y debe convenirse que los términos empleados no permiten en absoluto alcanzar a concebir los verdaderos riesgos de la operación. Es cierto que se menciona la posibilidad de una bajada de los tipos de interés, pero no lo es menos que se presenta, como se deduce del empleo de términos como “podría ocurrir” o “en algún periodo de cálculo”, como una hipótesis no solo remota, sino también coyuntural o pasajera, de modo que, en juicio imparcial, el cliente no contaba con los datos necesarios para ser consciente y asumir las graves consecuencias que podría acarrear, como así aconteció, una bajada de los tipos de interés brusca y mantenida en el tiempo.

El contrato sobre operaciones financieras, también de fecha 13 de junio de 2008 (documento número 2 de la contestación), está configurado por un conglomerado de complejos términos cuya adecuada comprensión tampoco no está al alcance de un ciudadano medio, aparte de que su generalidad y abstracción de sus conceptos impide captar su alcance en relación con el instrumento concreto contratado. Por otra parte, la estipulación destinada a los riesgos, como se anticipó,

no los especifica ni determina los escenarios en que podrían materializarse, como tampoco se incide en la sólida posibilidad de que el cliente sufriera un grave quebranto económico. Finalmente, es presumible que, estando datado en la misma fecha que la suscripción del *swap*, el cliente no gozara de tiempo ni de oportunidad para dimensionar su contenido.

Otro de los aspectos en los que se aprecia un mayor grado de incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su deber de información al cliente, y que consiguientemente debe estimarse que incidió con singular intensidad en la pureza de su consentimiento contractual, es el concerniente a las consecuencias económicas derivadas de una eventual cancelación anticipada del contrato por parte del suscriptor. Como se observa por el magistrado *a quo*, el contrato de suscripción del *swap* omite toda referencia a aquel particular, y la que se incluye en la cláusula segunda del contrato de operaciones financieras se desenvuelve en términos de absoluta ambigüedad dado que, por una parte, proclama que el plazo pactado para la operación tendrá carácter de esencial, por lo que no podrá cancelarse anticipadamente salvo mención expresa, y por otra, se faculta a las partes para instar aquella cancelación bajo determinadas circunstancias, hipótesis esta última en la que se reserva a la entidad bancaria el derecho de determinar la cantidad que haya de abonarse de acuerdo a los precios de mercado, pero sin especificar las consecuencias que en el concreto contrato suscrito podrían derivarse para el cliente en la tesis de optar por desistir del negocio antes del plazo pactado. De la testifical practicada durante el acto del juicio se desprende que ni siquiera los empleados de "Catalunya Banc, S.A." eran conocedores de la fórmula que habría de aplicarse para calcular la suma que habría de satisfacer el cliente en caso de cancelación anticipada -tarea que debía gestionar la central de la entidad bancaria-, por lo que difícilmente pudieron transmitir información en tal sentido a la administradora de

Y es que la información adecuada sobre las posibilidades que pudieran estar al alcance de para cancelar anticipadamente la operación y las consecuencias económicas que podría acarrear resultaba especialmente trascendente por la sofisticación del contrato de permuta financiera de intereses y, singularmente, por el riesgo financiero a él inherente. Ha de reiterarse que el negocio contratado no es de los que tradicionalmente han integrado el tráfico mercantil, sino que presenta unos rasgos de novedad y unas connotaciones específicas que obligan a las sociedades de inversión a redoblar sus esfuerzos en proporcionar a los potenciales contratantes una información minuciosa que incluya la totalidad de los aspectos contractuales del producto. Entre tales aspectos es indiscutiblemente destacable el atinente a la posibilidad del cliente de extinguir anticipadamente la vigencia pactada y a las consecuencias de toda índole, especialmente económica, que pudiera conllevar aquella decisión.

No se deja de reconocer que, tratándose de un contrato con rasgos de aleatoriedad, habría de aceptarse como razonable la previsión de una cláusula que estipulara una compensación económica equitativa a favor de una de las partes cuando la otra decidiera desistir unilateralmente del negocio, y ello porque, en otro caso, se generaría el inicuo efecto de que cualquiera de los contratantes, antes de la expiración del plazo pactado, podría, sin gravamen económico alguno, desligarse incondicionalmente del negocio en el momento en que los resultados del mismo no

le fueran favorables. Pero tal consideración es compatible con la necesidad de regular específicamente tal posibilidad de desistimiento unilateral y de pre establecer, de forma sencilla y comprensible, las bases para el cálculo de aquella compensación económica, y obviamente de informar exhaustivamente al cliente sobre ello a fin de que este goce, como premisa básica de la conformación de su consentimiento, de la facultad de sopesar la incidencia que en la decisión sobre la conveniencia o no de contratar el producto financiero debe predicarse sin duda del derecho que puede ostentar el cliente para apartarse del contrato antes de la expiración del plazo proyectado y las consecuencias económicas anudadas al repetido desistimiento.

**SEXTO.- Especial consideración de la omisión de la cumplimentación del test de conveniencia**

La argumentación expuesta en el escrito de contestación a la demanda acerca de la suficiencia de la información dispensada a la actora viene además viciada desde un principio por cuanto “Catalunya Banc, S.A.” omitió un trámite previo de preceptivo cumplimiento y capital en el contexto de la información previa, cual era la realización del correspondiente test de conveniencia.

Ha de recordarse que el art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo antecedente está constituido por el art. 19 de la Directiva 2004/39/CE, dispone en su párrafo 7º que “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”; y agrega que “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 esta 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”.

La normativa contenida en la Ley del Mercado de Valores, como se señala en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 27 de junio de 2011, pretende mejorar la posición del inversor, reforzando tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de su cliente; proporcionarle información clara y no engañosa; y prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes, intentando así evitar que el cliente contrate productos o servicios no ajustados a su perfil o que no satisfagan sus expectativas.

A tales efectos el art. 73 del R.D. 217/2008, sobre Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, desarrollando las normas contenidas en la Ley 24/1988, dispone que “a los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los

conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”, y el art. 74 enumera los datos mínimos que deben incluirse en la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente, datos relativos al producto financiero, a la experiencia previa del cliente en la contratación en el sector financiero, así como a sus conocimientos sobre el sector, en la medida que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes.

Ello comporta que las entidades deben asegurarse en todo momento de que poseen toda la información necesaria para sus clientes, y en concreto, en relación con la compra y venta de productos financieros, es necesario realizar el “test de conveniencia” para valorar los antedichos conocimientos y experiencia del cliente (tipo de productos con los que está familiarizado, naturaleza, frecuencia, volumen y periodo en que ha operado previamente y su nivel de estudios y profesión, actuales o anteriores).

El Decreto 217/2008 ya se hallaba aún en vigor en el momento de la suscripción del contrato objeto de autos (octubre de 2008), como también la modificación del art. 79 bis de la Ley 24/1988. El apartado 7 de este precepto no solo no admite ni regula la posibilidad de que el cliente renuncie a facilitar la información a la que se refiere, sino que prevé expresamente, como se anticipó, que en la hipótesis de que el cliente no proporcione la información indicada en dicho apartado o esta 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.

El precepto no admite otra interpretación, y menos cuando se trata de una materia que afecta directamente al derecho de información del cliente, y que por ello debe ser objeto de tratamiento restrictivo. La cumplimentación del test de conveniencia se configura como un imperativo legal en la fase precontractual de la operación de *swap*, porque su omisión impide que la entidad de inversión pueda determinar si el producto financiero es adecuado o no para del cliente, lo que en la práctica equivale a la imposibilidad de suscribir la correspondiente operación. Debe subrayarse además que el propio art. 74, en su apartado 2, destaca que en ningún caso las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio.

En el escrito de contestación a la demanda no se expuso argumento alguno acerca de la falta de realización del test de conveniencia ni sobre las posibles causas que pudieran haber justificado tan relevante omisión. En la cláusula adicional 4<sup>a</sup> del contrato de operaciones financieras se prevé que, en atención a la calificación del cliente como minorista, se le efectuaría, con carácter previo a la contratación de un producto de inversión, un test para evaluar la adecuación del producto a su experiencia y conocimientos en esta materia, pero lo cierto es que la documental aportada a las actuaciones no revela que efectivamente se practicara el repetido test.

La ya referida Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 se ocupa de incidir especialmente en la necesidad de que la realización de los tests de conveniencia e idoneidad, en sus respectivos casos -mera actividad

comercializadora de la entidad bancaria o prestación de servicios de asesoramiento, respectivamente-, quede suficientemente acreditada. Se reseña en la resolución que “sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

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

Podría incluso considerarse, a la luz de la interpretación que sobre la jurisprudencia comunitaria realiza la propia Sentencia de 20 de enero de 2014, que la entidad bancaria demandada no solo venía compelida a la práctica del test de conveniencia, sino también al de idoneidad. En efecto, el Alto Tribunal recuerda que “el art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que “se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)”, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una

consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap*, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

A la vista de esta interpretación, el Tribunal Supremo reputa como "servicio de asesoramiento financiero" el mero ofrecimiento, por parte de los empleados de la entidad bancaria y en virtud de la relación de confianza que les pueda unir con el cliente, de un producto financiero destinado a paliar el riesgo de fluctuación de un parámetro introducido como referencia de una relación contractual, hipótesis en la que, conforme a lo expuesto, la entidad bancaria "debía haber realizado un juicio de idoneidad del producto, que incluía el contenido del juicio de conveniencia, y ha quedado probado en la instancia que no lo llegó a realizar. Para ello, debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más que le convenía".

Parece evidente, a la luz de las anteriores consideraciones, y singularmente de la circunstancia de que no consta que se entregara documento informativo alguno con carácter previo a la suscripción del contrato de permuto financiera, que debe razonablemente considerarse que la Sra. , administradora de , no solo no recibió la documentación legalmente exigible, sino que tampoco dispuso ni de oportunidad ni de tiempo material para leer los documentos que sí se le presentaron a la firma -ha de recordarse que el contrato de operaciones financieras y la suscripción del swap son de la misma fecha-, y menos aún para alcanzar a comprender su alcance, con lo que no se cumplió con los objetivos perseguidos por la legislación anteriormente mencionada y analizada, ni siquiera con las previsiones del propio contrato de operaciones financieras, cuya cláusula adicional 5<sup>a</sup> reflejó el compromiso de "Catalunya Banc, S.A." de facilitar al cliente información sobre la clase, naturaleza y riesgos del producto financiero contratado.

Ha de recordarse al respecto que el art. 48,2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece la necesidad de que la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes se proporcione con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, a lo que ha de agregarse que recientemente la CNMV ha trasladado a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, y a la Subcomisión de Economía del Congreso de los Diputados la conveniencia de introducir en la normativa un período mínimo de reflexión previo a la contratación de determinados productos, que permita al inversor adoptar una decisión más y mejor informada.

La información relevante que debió proporcionarse a la Sra. , y que

debió configurarse como premisa esencial de la prestación de su consentimiento, no era precisa y solamente la que parece resultar de los términos de los documentos números 2 y 3 de la demanda, sino que lo realmente trascendente para el cliente estribaba en dos aspectos capitales sobre los que se omitió una cabal y previa información: el verdadero riesgo que entrañaba el negocio y la imposibilidad de cancelar anticipadamente su vigencia a menos de sufrir un serio quebranto patrimonial. Ha de incidirse en la naturaleza compleja del contrato de permuta financiera de intereses, y es tal complejidad la que justifica la copiosa normativa comunitaria y nacional promulgada con el designio de garantizar el derecho de información del cliente ante un producto tan novedoso como financieramente arriesgado.

Sobre el patente riesgo inherente a la contratación del *swap* poco más puede apuntarse a la luz de las liquidaciones negativas devengadas, de forma progresivamente creciente, en contra de (documentos números la demanda), lo que debe enlazarse, por la patente desproporción de aquellos resultados y su devengo de modo inmediato desde el inicio de la operación, con una información insuficiente acerca de aquel riesgo.

Desde la perspectiva de la relación de confianza que suele presidir las operaciones bancarias y financieras concertadas por las entidades con sus clientes es evidente que el objetivo perseguido por estos, y procurado por aquellas en aras a mantener e incentivar su clientela, no puede ser otro, en operaciones de la naturaleza de la permuta de intereses, que la consecución de una mejora en la infraestructura económica y financiera de personas físicas y empresas y de una protección fiable frente a las fluctuaciones de los mercados, y es obvio que ha de presumirse, ante los desproporcionados resultados arrojados por el negocio en contra del cliente -altos costes de cancelación y liquidaciones negativas que tras tres años de vigencia del negocio superan los 850.000 euros, datos que difícilmente pueden cimentar el argumento defendido por la representación demandada acerca de que el contrato cumplió su función económica de otorgar estabilidad los costes financieros de la empresa actora-, y además de forma tan inmediata temporalmente al inicio de la vigencia de la operación, que concurrió una manifiesta deficiencia en la información proporcionada por el banco al cliente, o que la facilitada, si es que se hizo, era patentemente errónea en cuanto a la previsible evolución de los mercados.

#### **SÉPTIMO.- Consecuencias de la insuficiente información previa: nulidad del contrato de operaciones financieras y del contrato de suscripción del swap**

De lo hasta ahora razonado ya puede inferirse sin dificultad que la entidad bancaria no cumplió con rigor el deber de información que le incumbía para con el cliente, al haber omitido aspectos esenciales del contrato con potencialidad suficiente para inducir a error a la administradora de la mercantil actora acerca de su concepción del alcance, naturaleza y riesgo del negocio, error que, por ello, vició manifiestamente su consentimiento.

Tal conclusión se obtiene a partir de la aplicación de los principios legales y jurisprudenciales en materia de vicios del consentimiento como causa de nulidad de los contratos. Conforme a reiterada jurisprudencia, para que el error invalide el consentimiento, según el art. 1.265 del Código Civil, es necesario que recaiga sobre

la sustancia de la cosa que constituye su objeto, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a la celebración (STS 27 de octubre de 1964), que derive de hechos desconocidos por el obligado (STS 26 de diciembre de 1944), que no sea imputable a quien lo padece (STS 16 diciembre 1957), y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (SS 17 de octubre de 1989). En suma, como se proclama en la STS de 7 de julio de 1981, “el error viciante con arreglo a los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil consiste en el falso conocimiento de la realidad, y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración de voluntad no querida efectivamente”.

La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 aborda con precisión la incidencia del error en el consentimiento en el contexto específico de la contratación de *swaps*. Después de apuntar que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad, proclama con rotundidad que concurre error vicio en la contratación de un *swap* “cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea”.

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

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro 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. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error”.

Por otro lado, la sentencia de 20 de enero de 2014 incide en que “el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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.

Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del *swap*. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el *swap* contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el *swap* de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrárla de forma comprensible y adecuada.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Debe admitirse, en el supuesto que se enjuicia, que concurren con nitidez los requisitos expuestos por el Alto Tribunal en relación con la nulidad contractual en el ámbito de la suscripción de *swaps*. Ya se han expuesto con extensión suficiente las razones por la que, como consecuencia directa del incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su deber de información, la administradora de "Cercle, S.A."

no llegó en ningún momento a captar la verdadera dimensión jurídica y económica del contrato de permuta financiera de intereses. Ese desconocimiento versó sobre aspectos esenciales del contrato, con especial mención del altísimo riesgo financiero a él aparejado y de la imposibilidad de desvincularse del mismo sin padecer un notable quebranto económico; el error, por ello, recayó sobre condiciones contractuales básicas, y debe razonablemente presumirse, atendidas las circunstancias y naturaleza del negocio, que la representante legal de la actora no se hubiera decantado por la contratación en el caso de haberse percatado cabalmente de la aplicabilidad y alcance de aquellas condiciones contractuales.

Se trataba, además, de hechos o condiciones desconocidos para el cliente, y eran desconocidos no solo por la novedosa y recentísima irrupción en el mercado financiero y mercantil del producto contratado, cuyas características, por ello, solo eran conocidas por expertos financieros y empresas de inversión, sino también porque el cliente no fue informado de tales extremos por quien venía obligado a ello, debiendo reiterarse al respecto lo ya razonado acerca de la insuficiencia de la documentación entregada, la escuetísima información proporcionada por parte de los empleados de "Catalunya Banc, S.A." y la omisión de la realización de los test de conveniencia e idoneidad.

El error al que se viene haciendo alusión, por otra parte, no es imputable en modo alguno al cliente. Era la entidad bancaria la que, por tener conocimiento de las premisas necesarias para pronosticar con cierta fiabilidad la evolución de los tipos de interés durante la vigencia del contrato, venía compelida a proporcionar información al respecto al cliente sobre aquellas previsiones y a advertirle de los riesgos que entrañaba la contratación del *swap*. El error, por tanto, era excusable para la actora -por mucha diligencia que hubiera empleado no existía la posibilidad a su alcance de evitarlo, atendida la alta complejidad técnica del producto y el desconocimiento por parte del cliente de sus connotaciones jurídicas y financieras-, e imputable a la entidad bancaria por ser la única a cuya disponibilidad estaba la posibilidad de que el cliente fuera consciente de todas y cada una de las consecuencias, ciertas y posibles, derivadas del producto financiero contratado.

En definitiva, concurren múltiples razones para estimar que el consentimiento prestado por la administradora de resultó viciado por la falta de información previa sobre aspectos contractuales relevantes y exigidos imperativamente por la Ley y por la buena fe, lo que le indujo a error sobre el contenido del contrato que suscribió al carecer de la información precisa para tomar cabal conocimiento del alcance de los derechos y obligaciones inherentes al mismo, en los términos expuestos. Se trata, por tanto, de un consentimiento en cuya prestación concurrió error esencial, se entienda este error referido al objeto del contrato o a las condiciones del mismo que hubiesen dado motivo a celebrarlo (art. 1.266 del Código Civil).

En último término, tampoco es de apreciar convalidación tácita alguna del negocio por parte de la empresa demandante. Esta Sección viene declarando que aquel mecanismo de exclusión de la acción de invalidación requiere del conocimiento de la causa de la nulidad por parte de quien desarrolla un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarla y además que la misma haya cesado, conforme establece el artículo 1311 CC. De lo actuado no se desprende

circunstancia alguna que permita fundar la presunción de que los responsables de consintieran los sucesivos cargos efectuados en su cuenta por el banco en la convicción de la plena validez del *swap*. Antes al contrario, durante el acto del juicio el testigo Sr. , empleado de la demandada, admitió que la Sra. Planelles le solicitó, ante la notable envergadura de las liquidaciones negativas, la cancelación anticipada del contrato, de la que desistió por su alto coste, con lo que parece evidente que no puede elucubrarse sobre la posibilidad de que la sociedad actora adoptase un comportamiento contractual que pudiese ser interpretado como convalidación o ratificación del negocio anulable.

Por todo ello, en definitiva, debe confirmarse en su integridad la sentencia de instancia.

#### **OCTAVO.- Costas**

La desestimación del recurso determina la expresa imposición a la apelante de las costas devengadas en esta alzada (art. 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

#### **NOVENO.- Recursos**

A los efectos del artículo 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que contra la presente sentencia -dictada en un juicio ordinario de cuantía superior a 600.000 euros- cabe recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán, de conformidad con los artículos 477.2 , 3º y 478.1 y la disposición final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y los artículos 2 y 3 de la Llei 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil en Catalunya.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de aplicación,

#### **FALLAMOS:**

**Desestimar el recurso** de apelación interpuesto por “Catalunya Banc, S.A.”, representada en esta alzada por el Procurador Don Antonio María de Anzizu Furest, y, consiguientemente, **confirmar** la sentencia dictada en fecha 16 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Barcelona en los autos de juicio ordinario número , promovidos a instancias de , representada en esta alzada por el Procurador Don Francisco Toll Musteros.

Se imponen a la apelante las costas devengadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por el apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Superior de

Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán, de conformidad con los artículos 477.2,3 ° y 478.1 y la disposición final 16<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y los artículos 2 y 3 de la Llei 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil en Catalunya. El recurso deberá, en su caso, ser interpuesto por escrito y presentado ante este tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

Firme esta resolución, expídale testimonio de la misma, el cual, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

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

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos los magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.